**La División del Control y Fiscalización carece de competencia propia para dictar el acto de apertura**

Sentencia N°057-2000. Tribunal Aduanero Nacional , San José a las ocho horas con cincuenta minutos del diez de octubre de dos mil.

Conoce este Tribunal del recurso de apelación interpuesto por los señores xxxxxx, en su condición de Apoderados Especiales de la Agencia Aduanal xxxxxx S.A., contra la resolución RES-DCF-381-99 del 26-7-99 adicionada por la resolución RES-DCF-0039-00 del 28-2-00

# RESULTANDO

1. Mediante escrito de fecha 18-8-98, el señor B J C, confirma por escrito ante la División de Control y Fiscalización de la Dirección General de Aduanas, (en adelante la División o la DCF), la denuncia contra las empresas Agencia Aduanal S, cédula jurídica xxx; xxxxxx Ltda. cédula jurídica xxx; xxxxxx S.A., cédula jurídica xxx y Agencia Aduanera N Ltda., cédula jurídica xxx, con base en los siguientes hechos:
2. Que sus representadas, xxxxxx S.A. todas parte del GRUPO XXX, han mantenido relaciones comerciales con las empresas denunciadas por más de dos años, quienes les han brindado servicios de desalmacenaje para las mercancías que importan.
3. Que el señor xxxxxx, cédula de identidad xxx, es quien se les ha presentado como dueño de las mismas y es quien ha dirigido durante ese tiempo las empresas de referencia. Además durante la relación comercial han participado los señores xxxxxx, cédula xxx, xxxxxx, cédula xxx y el señor xxxxxx.
4. Que durante su relación comercial con las empresas denunciadas, les entregaron a las personas antes indicadas, las facturas de importación de las mercancías importadas; pagaron los impuestos de aduanas conforme con los cálculos hechos por las citadas empresas y revisados por empleados de sus empresas, y que ellos consideraban correctos; que para cubrir los impuestos de aduanas les entregaron cheques por el monto de los impuestos y tienen recibos de XXX, xxxxxx o Agencia xxxxxx, por cada uno de los referidos cheques.
5. Que por su parte las agencias denunciadas les han entregado fotocopias de las respectivas declaraciones de aduanas, y que en algunos casos tienen fotocopias certificadas de las declaraciones, debidamente firmadas al reverso por el agente aduanero de XXX, señor xxxxxx. Que en las pólizas tramitadas bajo sistema de pago previo, según consta en el número de entero con el que supuestamente cancelaron los impuestos. Además han recibido facturas por los servicios de aduana prestados por dichas agencias.
6. Que por medio de una auditoría determinaron que al menos en 10 casos los impuestos que cancelaron a las citadas empresas no han sido enterados a la Aduana de Limón. Además que los números de las copias de las declaraciones que les entregaron no corresponden con las que están en la computadora de la Aduana de Limón. Agrega que el señor xxxxxx personalmente ha intentado sobornar a un funcionario de su empresa con el fin de que no le informara de las anomalías que había descubierto.
7. Que los abogados xxxxxx se han presentado a las oficinas de los denunciantes como representantes del Sr. xxxxxx y han reconocido ante su abogado Lic. xxxxxx que el Sr. xxxxxx les ha confesado que hubo irregularidades en algunos trámites aduanales, específicamente que todos los desalmacenajes que han sido facturados bajo la Agencia Aduanal XXX han sido irregulares.
8. Finalmente ofrecen su colaboración para con la Dirección General de Aduanas ( en adelante la Dirección o la DGA) en el presente asunto. (ver folios 1-2)
9. Que ante la denuncia interpuesta y en virtud de los posibles nexos con la Agencia P A S A, la División inicia estudio y/o investigación de la citada agencia, que concluye con la emisión del informe N°DCF-2727-98 del 16-10-98. (ver folios 3-42).
10. Con resolución N° RES-DCF-439-98 del 14-12-98 la Administración inicia procedimiento administrativo ordinario contra la Agencia P A S.A., con base en los artículos 95 inciso b) del CAUCA, 24 inciso i), 30 inciso a) y b), 33 y 35 inciso a), 241 incisos d) y e), todos de la Ley General de Aduanas, (en adelante la LGA), a la que se le imputan los siguientes hechos, con base en el informe señalado en el resultando anterior:
* **Declaraciones tramitadas**: Que conforme con el registro proporcionado por la División de Estadística de la Dirección, la Agencia xxxxxx tramitó del 1-7 a xxxxxx -98, 19 declaraciones de importación, lo cual coincide con lo indicado en el registro de operaciones presentado por la Agencia.
* **Omisión en Conciliación Cuenta Corriente**: Que la agencia presentó a la DCF únicamente las conciliaciones de cuenta corriente de la Aduana Santamaría en donde tramitó sólo 3 declaraciones, no así las de la Aduana de Caldera donde tramitó 14, ni la de la Aduana Central, en la que presentó 2 declaraciones.
* **Libros contables legales:** Que según los libros contables legales, los movimientos de octubre de 1996 a setiembre de 1997, que se registran en la cuenta de ingresos por servicios suman 168.273.78 colones, no obstante, si se suman los ingresos de las facturas de ese período, el monto que corresponde es 80.580.45 colones. Además no se registró lo correspondiente al impuesto de ventas por 7.659.90 colones ni los anticipos por renta aduanera, concluyéndose que en los libros contables no se refleja claramente los movimientos de la misma durante el período 96-97.
* **Recibos por dinero y facturas:** Que los recibos de dinero y facturas presentadas a la DCF, corresponden a nueve blocks de recibos relativos a cuatrocientos cincuenta números consecutivos, de los que fueron utilizados del xxxxxx al xxxxxx y del xxxxxx al xxxxxx, mismos que están elaborados en papel químico que no requiere utilización de papel carbón.
* **Confección de Recibos y Facturas:** Que en inspección realizada en la Imprenta F S, se les indicó que el 16-9-98, la Agencia xxxxxx, ordenó y pagó la confección “urgente” de 2.500 recibos de dinero en papel químico; y en junio de 1994 se le confeccionaron 10.000 recibos de dinero con papel carbón y 10.000 facturas. Agregan que según acta de declaración del 22-10-98 el sr. xxxxxx, Gerente de Producción de la xxxxxx, indica que los recibos de dinero que tiene a la vista presentados a la DCF por la Agencia xxxxxx y numerados al xxxxxx al 450, son los confeccionados bajo la orden de pedido N° xxxxxx del xxxx-98.
* **Inicio y Registro de Operaciones:** Que la agencia de referencia inició operaciones aproximadamente en junio de 1997, según el libro de operaciones aportado, sin embargo, las operaciones fueron registradas en recibos confeccionados hasta en setiembre de 1998, según se determinó con la investigación realizada en la empresa F S. También se determinó que dicha agencia contaba con blocks de recibos de dinero confeccionados en junio de 1994, mismos que no se adjuntaron a la información presentada por dicha agencia a la DCF. En consecuencia, se presume que los recibos presentados a la DCF con movimientos iniciando el 3-6-97, son los que la Imprenta le confeccionó a la agencia en setiembre de 1998, puesto que la citada Imprenta sólo confeccionó dos órdenes de pedido de dicha agencia, uno en 1994 y otro en 1998. Asimismo es fehaciente que las facturas presentadas a la DCF como prueba, inician en la #219, no obstante, la Imprenta confeccionó 10.000 iniciando en la 001.
* **Omisión en presentar documentación solicitada:** Que a pesar de la solicitud efectuada por la DCF, a esa fecha la Agencia P A, no ha presentado certificación del libro de operaciones ni de los demás documentos solicitados, que fueron presentados en fotocopias, lo cual podría constituir una omisión en virtud de las obligaciones que al respecto señalaban los artículos 95 inciso b) del CAUCA y 30 incisos a) y b) de la L.G.A.
* **No cuenta con respaldo de sus operaciones:** Que por no contar con el respaldo del registro de sus operaciones, lo cual se evidencia por cuanto los recibos de dinero no fueron emitidos en su oportunidad sino que la Agencia ordenó su confección en setiembre de 1998, incluyendo éstos informaciones sobre operaciones desde junio de 1997, se podría estar ante un aparente incumplimiento de las obligaciones señaladas en el artículo 30 inciso a) y b) de la LGA, por lo que de comprobarse dichas irregularidades podría dar lugar a la imposición de la sanción que establece el artículo 241 inciso d) y e) de la misma ley a la Agencia Aduanal P A S.A., a quien se reputa como autor de las mismas.

En consecuencia y a fin de que ejerzan su derecho al debido proceso, se le concede a la agencia de referencia, un plazo de 15 días para que presente sus alegatos y pruebas pertinentes. (ver folios 50-53)

1. Con escrito presentado el 13-1-99 el sr F S R, en su condición de apoderado generalísimo y ostentando a la vez la representación judicial y extrajudicial de la agencia P A S.A., se opone y refuta los cargos efectuados a su representada, en los siguientes términos:
2. **Carencia de motivación**: Que el procedimiento iniciado es impreciso, omiso e incongruente en los cargos formulados y absolutamente carente de motivación lo que lo hace nulo.
3. **Respecto al pago del impuestos sobre las ventas** :Que su representada sí canceló en tiempo y forma los impuestos de ventas que se señalan temerariamente como no cancelados, lo cual es una muestra de persecución contra su empresa por parte de la DCF, toda vez que tuvieron acceso a toda la información y omitieron consignar dicho pago. Que si en los libros de su empresa no consta el pago, lo cual desconocen porque los libros fueron retenidos ilegalmente por la DCF, ello no debe tomarse como prueba de no cancelación, porque en los registros de la Tributación consta el pago.
4. **Respecto a los recibos de dinero:**  En este sentido argumentan que estos son documentos para uso exclusivo de la empresa a lo interno, sin ningún valor tributario o aduanero y que únicamente tiene validez como documento de comprobante de pago de un cliente a la empresa, cuando el cliente lo solicite así porque no le basta la factura que se le otorgó. Agregan que los recibos no son timbrados porque ellos utilizaban la factura que sí es timbrada, por lo que es el único documento con validez legal para realizar cualquier estudio tributario y que el recibo en su empresa, está relegado a un segundo plano, por carecer de validez legal, que incluso en las Librerías se venden indiscriminadamente. Por ello es para complacer la solicitud del órgano investigador (que es el mismo órgano director del proceso) fue que se solicitó a la imprenta respectiva que les extendiera nuevos juegos de los recibos de dinero que tiempo atrás habían encargado. Que en consecuencia tal hecho no puede considerarse como falta ni delito, ni como “mera sospecha” de irregularidad, ya que no tiene valor jurídico.
5. **Respecto a las facturas:**  Señalan que el órgano director hace ver temerariamente como irregular, el hecho de que las facturas presentadas inician en la 219 y que la imprenta confeccionó las facturas desde la 001. Sin embargo, ello se explica por cuanto la Sección de Timbraje y Legalización de Libros de la Tributación, con oficio D.S.T.L. 845-96 del 29-11-96, les autorizó para que iniciaran operaciones y a otorgar facturas de ventas no timbradas, a partir de la numeración 0218 y no desde la 001. Es por ello que no se presentó ante la DCF las facturas de la 0001 a la 000217, y que la 0218, está nula pues se utilizó como prueba.
6. **En relación con los documentos solicitados y que no fueron certificados:** Manifiestan su enérgica protesta por la forma arbitraria en que la DCF ha llevado sus gestiones, y que desde un inicio aportaron la documentación requerida conforme lo prescribe la ley, sin embargo, es claro el abuso de autoridad al solicitar que se certifique puesto que no están obligados a ello, conforme lo dispuesto por el Reglamento a la LGA ( en adelante RLGA), que dice que podrán sacar copia pero no obliga a certificar, ni entregar originales como fue el caso en que la DCF retiene ilegalmente los libros legales de su representada. No obstante, señalan que proceden a certificar tales documentos como muestra de su actuar ajustado a derecho.
7. **Lesión a su buen nombre:** Se les abrió un procedimiento sin fundamento y únicamente con el ánimo de lesionar el buen nombre de su empresa. Ello por cuanto en oficio N°DCF-2789-98 del 21-10-98, se les indica que no había proceso alguno en contra de su representada, lo cual indica que a la fecha su empresa no se tenía como investigada, sin embargo, ello no era cierto toda vez que la misma resolución de apertura del procedimiento indica que desde el 16-10-98 con oficio DCF-22727-98 se consignaron los hechos que se les notifican en la apertura del procedimiento, por lo que se les ocultó dolosamente el acceso a la información, produciendo en consecuencia una total indefensión y gastos innecesarios de recursos, además de evidenciarse el ánimo persecutorio de los acusadores que son los mismos que van a resolver el asunto, lo que produciría la nulidad total de lo actuado.
8. **Aspecto de previo y especial pronunciamiento:** Al respecto interpone:

**1-Excepción de Incompetencia del órgano director del proceso**: Considera que la DCF no es competente para realizar la apertura del procedimiento, pues ello es competencia exclusiva y directa del titular de la DGA, o sea el Director General de Aduanas y que las disposiciones legales y reglamentarias no autorizan a la DFC para realizar este procedimiento donde se afectan derechos subjetivos, sino a realizar la investigación correspondiente, recabar las pruebas y una vez que determine la posible comisión de irregularidades, debe llevarlo a conocimiento de la autoridad competente para el trámite respectivo. ( artículos 81 y siguientes de la LGAP; 12, 192 y siguientes, 204 de la LGA y artículos .15:m , 7:n y 525 del RLGA).

**2-Nulidad absoluta de todo lo actuado**: Interponen nulidad absoluta conforme el 195 de la LGA, en razón de que la DCF se constituyó en órgano director del proceso, de oficio, sin que lo constituyera el jerarca de la DGA, y sin dar audiencia a las partes, negándoles el derecho de conocer los miembros que lo componen, quien lo preside, su asiento, incluso impugnar su conformación, lo que afecta su derecho de defensa, quebrantando el artículo 49, 230 y 239 de la Ley General de la Administración Pública, (en adelante LGAP).

**3- Nulidad del acto de apertura por carecer de motivo:** Ello conforme al artículo 128 de la LGAP, puesto que la base jurídica determinada para la iniciación del procedimiento, no es congruente con los hechos y calificación legal, o sea, no se encuentra sustanciado el acto administrativo con el ordenamiento jurídico, toda vez que la Administración carece de fundamento pues no han violado ninguna norma en la manera de llevar los Libros y controles, ni tampoco han incumplido con la obligación de entregar lo que les han requerido.

1. Por lo expuesto solicitan se acoja la excepción de incompetencia e incidente de nulidad absoluta, caso contrario se declare sin lugar el presente procedimiento y solicitan audiencia oral y privada con la Administración. (ver folios 54-69).
2. Mediante resolución RES-DCF-291-99 del 29-4-99, se concede a los interesados la audiencia oral y privada que solicitaron, la cual se fija para el 12-5-99 a las catorce horas en la DCF. (ver folio 84).
3. Que el 12-5-99 se presentan los Lic. B M y Lic. D A G, como representantes de la Agencia P A, según poder que aportan y señalan que dicha audiencia es absolutamente nula toda vez que no se observó lo dispuesto por el artículo 196:c) de la LGA, pues no se cumplió con el término de ley, ya que les fue notificada el 5-5-99, por lo que solicitan se señale nueva hora y fecha para su celebración, previa resolución de la incompetencia y nulidad absoluta planteada. (ver folio 87)
4. Con RES-DCF-333-99 del 26-5-99, se fija nuevamente la audiencia para el 16-6-99, a las nueve horas en la DCF. (ver folio 88).
5. El 16-6-99 se realiza la audiencia con la presencia de los representantes señalados en el resultando VI y el Lic. Eduardo Monge asesor legal de la DCF, en la que se aporta por escrito el alegato de conclusiones finales. (ver folios 89-99)
6. Con RES-DCF-248-99 del 17-6-99 se le otorga nuevamente audiencia por 15 días a la empresa interesada, para que se refiriera a nuevos elementos probatorios introducidos al expediente y no conocidos por la parte, según oficio DCF-0149-99 del 4-2-99. (ver folios 100-101)
7. Con RES-DCF-381-99 del 26-7-99 se dicta el acto final del procedimiento por parte de la DGA y se impone a P A S.A., una suspensión por un año del ejercicio de su actividad aduanera. (ver folios 106-121)
8. Con escrito presentado el 4-8-99, los interesados interponen recurso de apelación ante este Tribunal, mismo que es admitido mediante RES-DCF-0400-99 del 10-8-99, en la cual se eleva el asunto a conocimiento de este órgano de alzada, emplazando a la parte a apersonarse ante esta sede. (ver folios 122-126)
9. En fecha 24-8-99 dentro del plazo conferido los apoderados especiales se apersonan ante este Tribunal a presentar sus alegatos al recurso de apelación y además presentan incidente de nulidad concomitante contra lo resuelto por la DGA en la RES-DCF-381-99. (ver folios 127-146)
10. Que mediante sentencia N°002-2000 dictada a las catorce horas con cuarenta y cinco minutos del veintisiete de enero del año que corre, este Tribunal, de previo a conocer y decidir el recurso de apelación interpuesto, resolvió remitir los antecedentes a la DGA a fin de que procediera a resolver el incidente de nulidad interpuesto contra la RES-DCF-381-99 del 26-7-99 como en derecho corresponde. ( ver folios 148-153).
11. Que mediante resolución N° RES-DCF-0039-00 dictada por la DGA, a las nueve horas del veintiocho de febrero de dos mil, se adiciona la parte dispositiva de la resolución RES-DCF-381-99 de las catorce horas del veintiséis de julio de mil novecientos noventa y nueve, también emitida por la DGA, como acto final del procedimiento, en los siguientes términos: **“...se resuelve rechazar por improcedentes la excepción de incompetencia y el incidente de nulidad planteados e imponer al auxiliar de la función pública aduanera, la sociedad de esta plaza** xxxxxx **S.A.,** representada en este acto por el señor xxxxxx, suspensión por un año del ejercicio de sus actividad aduanera ante la autoridad aduanera...” y de seguido procede a otorgar al interesado un nuevo plazo de 10 días para apersonarse ante esta sede. Lo anterior por considerar la DGA que en el considerando I de resolución RES-DCF-381-99 se analizó el incidente de nulidad absoluta y la excepción de incompetencia planteados en su oportunidad, no obstante, por error, no se consignó la decisión de rechazar ambas gestiones por improcedentes, en la parte dispositiva de la resolución, por lo que conforme con el artículo 157 de la LGAP, procedió a adicionar la resolución de comentario en los términos supra transcritos. (el resaltado es nuestro). (ver folios 154-155)
12. Con escrito presentado ante este Tribunal en fecha 17-3-2000, la Agencia interesada se apersona a exponer su alegato de apelación con gestión de nulidad concomitante, reiterando sus argumentos de fondo y la excepción de incompetencia y nulidades alegadas desde el inicio del procedimiento. (ver folios 157-180).
13. Que mediante Auto N°013-2000 del 20 de junio del año 2000, este Tribunal ordenó como prueba para mejor proveer, que se aportaran dentro del plazo de 15 días los siguientes documentos: 1)Original de Libros de Operaciones desde que iniciaron su actividad de agente aduanal; 2)las conciliaciones originales de las cuentas corrientes que tienen en las aduanas Santamaría, Central y Caldera, correspondientes a los años 96, 97 y 98; 3)las 19 declaraciones aduaneras originales que se indican en la parte considerativa; 4)los libros legales contables de los años 96, 97 y 98 Igualmente se ordena a la Dirección de Aduanas remitir dentro del plazo de 15 días los 49 blocks originales de recibos de la Empresa xxxxxx S.A., a que se refiere en el oficio DCF-0985-99 del 11 de agosto de 1999, que consta a folio 126 del expediente, así como los originales de las 19 declaraciones aduaneras de referencia que se encuentren en su poder. (ver folios 181-185)
14. Que mediante Auto N°020-2000 del 18 de agosto del año 2000, se convocó a las partes a audiencia oral y privada ante este Tribunal, misma que se realizó el día 5 de setiembre del presente año, de la cual consta en expediente el acta respectiva(ver folios196-200 y 229-243).
15. En las presentes diligencias se han observado las prescripciones legales en la tramitación del recurso de apelación.

**Redacta la Licenciada Shirley Contreras Briceño; y,**

**CONSIDERANDO**

1. OBJETO DE LA LITIS**. En el presente asunto se discute la imposición por parte de la Dirección General de Aduanas, de una sanción a la Agencia de Aduana** xxxxxx **S.A, consistente en la suspensión por un año del ejercicio de la actividad aduanera, por considerarla responsable de la infracción del artículo 30 incisos a) y b) de la LGA, cuya sanción la establece el artículo 241 inciso d). Por su parte la agencia recurrente, presenta argumentos de forma y fondo supra señalados, que en su criterio generan la nulidad de lo actuado en expediente y en consecuencia el archivo de las presentes diligencias.**
2. GESTION O INCIDENTE DE NULIDAD INTERPUESTO CONCOMITANTEMENTE**. Además del recurso de apelación interpuesto, el recurrente en forma concomitante, incoa lo que denomina gestión o incidente de nulidad contra la resolución RES-DCF-381-99, adicionada por la resolución RES-DCF-039-00, citadas, según consta a folios, 127, 145,157 y 178. En concreto, son tres los aspectos que en criterio del recurrente generan nulidad absoluta de las actuaciones:**
3. **-**La Incompetencia del órgano director del proceso;
4. **-**Nulidad absoluta de todo lo actuado por constituirse en forma oficiosa el órgano director del proceso; **y**
5. **-** Nulidad del acto de apertura por carecer de motivo**, aspectos todos ellos que en criterio del recurrente deben ser resueltos en primera instancia por el órgano director del procedimiento y además en forma previa e interlocutoria al dictado del acto final, puesto que tales acciones interpuestas suspenden o paralizan la continuación del proceso, hasta tanto no sean resueltas, lo que aduce no ocurrió en el presente caso.**

**Ante las pretensiones de nulidad, expresamente aducidas por la agencia recurrente, se avoca en primer término este Tribunal, al estudio de las posibles nulidades que pudieren existir en el procedimiento llevado a cabo por la Administración, por ser tal análisis de previo y especial pronunciamiento, a cualquier otra consideración sobre las pretensiones de fondo del recurrente, a tenor con lo dispuesto por el artículo 195 de la LGA.**

1. INCOMPETENCIA DE LA DIVISIÓN DE CONTROL Y FISCALIZACIÓN COMO ORGANO DIRECTOR DEL PROCESO.

**Un aspecto esencial para la resolución del presente asunto alegado expresamente por el recurrente y que debe ser analizado y resuelto en forma previa, por los efectos que podría generar dentro del procedimiento, es el que tiene que ver** con la competencia de la DCF para fungir como órgano director del procedimiento y en ese carácter, suscribir su titular el acto de apertura del procedimiento, **toda vez que si se determinase eventualmente que lleva razón el recurrente respecto de la incompetencia y nulidades alegadas, no podría este Tribunal emitir la resolución de fondo en el presente asunto, hasta tanto no se subsanara el vicio apuntado y se enderezaran los autos y garantizar de esa forma el interés público, dentro del respeto de los derechos de los administrados.**

**En tal sentido, lo primero que hay que apuntar es que tal y como lo ha venido señalando la Agencia recurrente, desde el inicio de las actuaciones se ha alegado la incompetencia de la DFC y la nulidad de lo actuado precisamente derivado de lo anterior, al estimar la parte, que dicha División se constituyó en forma oficiosa en el órgano director del proceso, afectando con tal actuación su derecho a un debido proceso.**

**No obstante ello, la División siendo que fungía como órgano director del procedimiento, no sólo no resolvió sobre su competencia en forma previa y expresa al dictado del acto final, sino que** nunca **se pronunció expresamente sobre la incompetencia alegada. No fue sino el Director General de Aduanas, quien en el acto final del procedimiento se refiere al tema en el considerando I, y rechaza por improcedente la excepción de incompetencia, aún cuando en la parte dispositiva del acto no lo consigna, lo cual luego solventa adicionando el acto final, mediante la resolución N° RES-DCF-0039-00 del 28-2-00.**

**Respecto al tema de los conflictos de competencia que sean planteados por los interesados, y en general, lo relativo a la competencia de los órganos administrativos, no lo encontramos regulado en la LGA sino en la Ley General de la Administración Pública,(en adelante LGAP), de aplicación supletoria, que en sus artículos 81 y 82 dispone:**

***Artículo 81: “Cuando un interesado estime incompetente a un órgano administrativo, podrá requerirle en cualquier momento para que declare su incompetencia.”***

***Artículo 82:***

***“1-El órgano requerido de incompetencia deberá pronunciarse dentro de los cinco días posteriores al recibo del requerimiento.***

***2.Si acogiere la gestión se procederá de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 76, 79 u 82 según el caso.***

***3-Si se estimare competente, su decisión será recurrible en la vía jerárquica por el procedimiento usual.***

***4-Agotada la vía jerárquica no cabrá acción contenciosa contra la resolución que fija la competencia salvo el caso del artículo 71.3, pero dictada que sea la resolución de fondo podrá plantearse la nulidad de ésta por incompetencia del órgano que la dictó.***

***5-La falta de decisión en término se considerará como denegación tácita de la incompetencia”.***

**Por otra parte cuando la LGAP, regula lo relativo a la competencia, establece en el artículo 67 que : *“1-La incompetencia será declarable de oficio en cualquier momento por el órgano que dictó el acto, por el superior jerárquico o,*** *a instancia de parte, por la autoridad de contralor*...”(**el resaltado es nuestro).**

**Así las cosas, siendo que la DCF no resolvió expresamente sobre la incompetencia alegada, por lo que habría que estimar conforme al numeral 5 del artículo 82 supra citado, que se dio una denegación tácita, que fue posteriormente confirmada en forma expresa por el Director General de Aduanas, corresponde entonces a este Colegio, por instancia de parte y de acuerdo con el artículo 67 y 181 de la LGAP, como órgano contralor de legalidad de los actos del Servicio Nacional de Aduanas, resolver sobre la excepción de incompetencia de la DCF para fungir como órgano director del proceso y para haber iniciado el procedimiento que nos ocupa, por ser uno de los aspectos que en criterio del recurrente, genera la nulidad de lo actuado**

**En tal sentido, y a efectos de abordar en forma integral la problemática relacionada con este tema y referirnos a las diferentes aristas que resultan de interés para la solución del asunto, de tal forma que en lo sucesivo la Administración tenga claro cuál debe ser su proceder en casos como el que ahora nos ocupa, nos dedicaremos en primer término al estudio de las competencias tanto de la Dirección General de Aduanas, de las aduanas y de la División de Control y Fiscalización, en materia de ejercicio de la potestad sancionatoria en sede administrativa, así como el papel que corresponde a los órganos directores de los procedimientos administrativos, para finalizar analizando a la luz de ello, lo actuado en el presente caso.**

1. EJERCICIO DE LA POTESTAD SANCIONATORIA POR PARTE DEL SERVICIO NACIONAL DE ADUANAS

**Como señalamos en el considerando I, en el presente asunto se discute la imposición por parte de la Dirección General de Aduanas, de una sanción a la Agencia de Aduanas** xxxxxx **S.A, consistente en la suspensión por un año del ejercicio de la actividad aduanera. Ello nos lleva necesariamente al estudio del tema de la potestad sancionatoria por parte de la Administración, concretamente a la competencia de las autoridades aduaneras para tales efectos; y los principios que deben regirla y dentro de ellos, al análisis concreto del principio de juez natural o regular, como garantía integrante del debido proceso constitucional, por ser la que se relaciona con el órgano competente para imponer sanciones dentro del Servicio Nacional de Aduanas.**

**Sin pretender realizar una exposición exhaustiva sobre el tema, actualmente se acepta que no sólo las autoridades judiciales ejerzan la potestad represiva del Estado, sino que se reconoce a la Administración la posibilidad de imponer sanciones de carácter punitivo. En efecto, en el Derecho Penal Tributario, se establece una distinción entre ilícitos o infracciones administrativas tributarias y delitos tributarios. En realidad no existe una diferencia esencial entre ambos, sino que más bien se trata de una elección de política criminal del legislador y las diferencias que se han apuntado entre ambos, refieren fundamentalmente a tres aspectos, a saber: 1-al Organo sancionador; 2-al Procedimiento; y 3- a la Sanción que se pueda imponer.**

**No obstante, las diferencias apuntadas, existe consenso doctrinario en el sentido, de que en un Estado Democrático, como lo es el nuestro, dichas diferencias no son suficientes para sustraer a los ilícitos administrativos del régimen de garantías constitucionales que rigen el derecho penal.**

**Al efecto resulta ilustrativo el pronunciamiento N°3929-95 del 18-7-95 de la Sala Constitucional, emitido ante la Consulta de constitucionalidad del proyecto de ley de Justicia Tributaria, en la que entre otros aspectos, se consultaba sobre el procedimiento administrativo sancionador previsto en el Código de Normas y Procedimientos Tributarios, y si la asignación del conocimiento y juzgamiento de las infracciones administrativas a la autoridad administrativa, resulta violatorio del artículo 153 de la Constitución Política, norma que atribuye en forma exclusiva al Poder Judicial la resolución de todo tipo de controversias. Al efecto, sostuvo la Sala:**

*“El primer cuestionamiento de este aparte, obedece a la añeja discusión sobre si la Administración pública puede aplicar normas punitivas, discrepancia que hace mucho tiempo fue superada en el propio Derecho Administrativo, a saber, la legitimidad constitucional de la potestad sancionadora de la Administración, por lo demás, vigente en diversos sectores de nuestro ordenamiento. En efecto, la facultad legal -contenida en este caso por el artículo 65 del Código de Normas y Procedimientos Tributarios (Proyecto)- que permita a la Administración el conocimiento y juzgamiento de las infracciones administrativas, no invade el campo de la función jurisdiccional, ni tampoco el ejercicio de ésta, pues existen sustanciales diferencias entre las facultades administrativas y las jurisdiccionales, sin que pueda afirmarse que en el caso de examen las normas cuestionadas irrespetan tales diferencias. Es aceptado, en forma generalizada,* ***que la infracción administrativa se diferencia del delito tributario por el órgano que establece la sanción*** *-la Administración tributaria o un Juzgado Contencioso Administrativo en el primer caso; el Juez o Tribunal Penal en el segundo****-, y por el tipo de pena****; sin embargo, las diferencias procedimentales existentes entre las sanciones aplicables a infracciones y a delitos****, no pueden conducir a ignorar en el ámbito del procedimiento administrativo las garantías de los ciudadanos, en efecto, los principios inspiradores del orden penal son de aplicación, con ciertos matices, al derecho administrativo sancionador, dado que ambos son manifestaciones del ordenamiento punitivo del Estado...” (el resaltado es nuestro).***

**Así las cosas, resultan entonces aplicables en el campo de las infracciones tributarias aduaneras, los principios inspiradores del derecho penal, que comprende no sólo delitos y sanciones sino también un régimen de garantías común a los delitos y las infracciones administrativas, constituidas por el principio de legalidad, irretroactivdidad de las normas desfavorables y retroactividad de la norma que favorecen al infractor, exclusión de la responsabilidad objetiva, prohibición de aplicar dos sanciones por el mismo hecho (non bis in idem), de proporcionalidad, de debido proceso que incluye entre otras garantías, la de juez regular, según lo ha dispuesto la Sala Constitucional en su reiterada jurisprudencia. Ver voto 1739-92.**

**Sobre el principio de juez regular y su aplicación concreta en sede administrativa, que es lo que nos interesa en el caso concreto, pues hace referencia al órgano competente para imponer la sanción de referencia, la Sala Constitucional ya se ha pronunciado en los siguientes términos:**

 *“II.Dispone el artículo 35 constitucional lo siguiente:*

*“Nadie puede ser juzgado por comisión o juez especialmente nombrado para el caso, sino exclusivamente por los tribunales establecidos de acuerdo con esta Constitución”.*

*Esa disposición normativa recoge lo que la tradición anglonorteamericana* ***conoce como el principio de “juez natural”, que no es otra cosa que el juez designado conforme lo establece la ley y nunca para el caso concreto****. Este principio, sin duda, no es sólo de aplicación judicial, antes bien,* ***es también de aplicación en sede administrativa; consiguientemente, la designación de juez administrativo debe hacerse con estricto apego al principio de legalidad y nunca para el caso concreto...”(voto N°681-97)***

**En el ámbito administrativo, tenemos entonces, que el juez o autoridad administrativa designada legalmente para imponer la sanción, será la que tenga la competencia a tales efectos. Sobre este tema de la competencia señala el Dr. Ortiz Ortiz: *“la competencia es la aptitud legal del órgano para actuar, la incompetencia es la ineptitud para hacerlo por la falta de la atribución legal de la situación jurídica subjetiva que autorice a ello. El órgano incompetente en relación con un acto carece del derecho, de la potestad, del deber o de la obligación que le permite o le impone su realización”.***

**Establecido lo anterior, analicemos ahora el marco jurídico que en nuestro medio, faculta a las autoridades aduaneras a imponer sanciones a los administrados, cuando se comprueba una violación al régimen jurídico aduanero.**

**El Código Aduanero Uniforme Centroamericano II (en adelante CAUCA II), adoptado mediante ley N°7485 del 6 de abril de 1995, que como norma o convenio de la comunidad centroamericana tiene un rango superior a la ley ordinaria, constituye en nuestro ordenamiento jurídico, la norma marco, básica y fundamental que regula el quehacer aduanero y las facultades del Servicio Nacional de Aduanas[[1]](#footnote-1), a partir de la cual se ha construido nuestra legislación aduanera interna, a saber, la Ley General de Aduanas (N°7557 publicada el 8-11-95) y su Reglamento (Decreto Ejecutivo N°25270-H, publicado el 28-6-96), que son los instrumentos jurídicos que resultan aplicables en el caso concreto.**

**Conforme con el CAUCA II, es la Dirección General de Aduanas, el organismo superior aduanero y tiene a su cargo la dirección técnica y administrativa de las Aduanas u oficinas aduaneras y demás actividades del ramo; y se podrá organizar internamente, para el efectivo cumplimiento de sus funciones, según lo que disponga la legislación nacional. (ver artículo 5). Por su parte la Aduana es concebida por el CAUCA II como *“un organismo especializado de la administración pública facultado para hacer cumplir la legislación aduanera, la de comercio exterior en lo que corresponda, los convenios internacionales sobre la materia y de ejercer las demás funciones que se le encomiende por ley.”* , y establece que cada aduana tendrá su propia jurisdicción dentro de la circunscripción territorial que disponga la legislación interna. (ver artículos 6 y 8 respectivamente)**

De conformidad con las disposiciones comunitarias tenemos también que no existe duda de que corresponde al Servicio Nacional de Aduanas, en forma **exclusiva,** el ejercicio de la potestad aduanera, entendida como *“...el conjunto de derechos, facultades y competencias que este Código y demás disposiciones legales conceden al servicio de aduanas y que se ejercitan a través de sus funcionarios para que puedan regular el tráfico del comercio exterior* ***y sancionar cuando corresponda el incumplimiento a dichas disposiciones.”*** (el resaltado es nuestro). Artículos 9 y 10 del CAUCA II.

En estrecha relación con lo anterior y para completar la referencia a la normativa comunitaria que se relaciona con el ejercicio de la potestad sancionatoria por parte de las autoridades aduaneras, encontramos el artículo 101, en el que se realiza una división tripartita de las infracciones aduaneras: administrativas, tributarias y penales y se dispone que dichas infracciones y sus sanciones se regularán conforme a lo que establezca la legislación interna de cada país.

Así las cosas, repasemos las disposiciones nacionales que se relacionan con el tema que venimos analizando.

En primer término debemos apuntar, que la Ley General de Aduanas, consagra como uno de los fines del régimen jurídico aduanero, *“...****la represión de las conductas ilícitas*** *que atenten contra la gestión y el control de carácter aduanero y de comercio exterior.”* (el resaltado es nuestro). Artículo 6 LGA

Desarrollando el artículo 5 del CAUCA II, la LGA en el capítulo II del Título II, se refiere al Servicio Nacional de Aduanas, como el órgano de la administración tributaria dependiente del Ministerio de Hacienda, que tiene a su cargo la aplicación de la legislación aduanera y que está constituido por la Dirección General de Aduanas, sus dependencias y los demás órganos aduaneros. Ver artículo 8.

En concreto respecto de la Dirección General de Aduanas, la LGA siguiendo la misma línea del CAUCA II, dispone que *“...es el órgano superior jerárquico nacional en materia aduanera. En el uso de esta competencia, le corresponde la dirección técnica y administrativa de las funciones aduaneras que esta ley y la demás disposiciones del ramo le conceden al Servicio Nacional de Aduanas; la emisión de políticas y directrices para las actividades de las aduanas y dependencias a su cargo;* ***el ejercicio de las atribuciones aduaneras*** *y la decisión de las impugnaciones interpuestas ante ellas por los administrados...”.*(el resaltado es nuestro). Para el ejercicio de las competencias asignadas, la Dirección General estará a cargo de un Director General y un Subdirector General, quien lo sustituye en sus ausencias.

Por su parte la aduana es definida en el artículo 13 de la LGA como *“...la oficina técnica administrativa encargada de las gestiones aduaneras, el control de las entradas, permanencias, salidas de las mercancías y la coordinación de la actividad aduanera que se desarrolle en su zona de competencia territorial o funcional...”* Reafirma esta norma que la competencia asignada a las aduanas, tiene una circunscripción territorial determinada, a diferencia de la Dirección General de Aduanas, cuya competencia funcional la ejerce dentro de todo el territorio aduanero[[2]](#footnote-2). Es al Ministerio de Hacienda a quien corresponde definir los asientos geográficos y determinar la competencia territorial de las aduanas, lo cual hizo en el artículo 3 del Reglamento a la LGA en el que se estableció la competencia territorial de cada aduana. (ver artículo 14 de la LGA).

En cuanto a las facultades o atribuciones asignadas a las autoridades aduaneras, la LGA en su artículo 22, denomina como control aduanero, precisamente *“...el ejercicio de las facultades del Servicio Nacional de Aduanas en la aplicación, supervisión, fiscalización, verificación y evaluación del cumplimiento de las disposiciones de esta ley, sus reglamentos y las demás reguladoras de los ingresos o las salidas de mercancías del territorio nacional y la actividad de las personas físicas o jurídicas que intervienen en las operaciones de comercio exterior”.*

Como parte integrante y esencial de la potestad aduanera, es decir, del conjunto de atribuciones, facultades y competencia asignada a las autoridades aduaneras, resulta indispensable, a efectos del caso sometido a consideración de este Tribunal, puntualizar las atribuciones, que en forma inequívoca el artículo 24 inciso i), de la LGA, concede en forma privativa a la autoridad aduanera, en el sentido de que le corresponde *“Investigar la comisión de delitos aduaneros* ***e imponer las sanciones administrativas y tributarias aduaneras correspondientes”***(el resaltado es nuestro)

Esta atribución debemos complementarla con lo dispuesto por los artículos 230 y 231 de la LGA. En el primero de ellos, se establece el concepto de infracción señalando que *“Constituye infracción administrativa o tributaria aduanera, toda acción u omisión que contravenga o vulnere las disposiciones del régimen jurídico aduanero, sin que califique como delito.”*. Por su parte el artículo 231 señala que dichas infracciones son sancionables, en vía administrativa, por la autoridad aduanera que conozca el respectivo procedimiento administrativo, y la misma ley señala que autoridad aduanera será el funcionario del Servicio Nacional de Aduanas que, en razón de su cargo y en virtud de la competencia otorgada, ejecuta o aplica la normativa aduanera. Véase artículo 251 LGA.

Por último en el Reglamento a la LGA, reiterando lo ya dispuesto a nivel legislativo, cuando regula las funciones del Director General de Aduanas, contempla en el inciso n) del artículo 6 como una de dichas funciones , *“Imponer sanciones administrativas y tributarias aduaneras, cuando le corresponda”*

En cuanto a las aduanas, el Reglamento a la LGA, en su artículo 29, se limita a transcribir la competencia que ya la LGA en su artículo 13 había establecido. Lo que sí se agrega por vía reglamentaria, es la organización interna de la Aduanas, disponiendo que la misma estará a cargo de un gerente y un subgerente, que serán quienes ejerzan en representación de la aduana, las competencias legalmente asignadas.

**En conclusión, de lo expuesto hasta aquí se desprende del análisis de la normativa aduanera centroamericana y nacional, lo siguiente:**

1-Existen dentro del Servicio Aduanero dos órganos con competencia legalmente atribuida:

-la Dirección General de Aduanas, como órgano superior aduanero a nivel nacional, con competencia funcional en todo el territorio aduanero.

-las aduanas, como oficinas técnicas especializado, con competencia funcional en un determinado territorio.

2-Dentro de sus límites territoriales, ambas oficinas ejercen la potestad aduanera, es decir, las facultades, atribuciones, competencias que les otorga la normativa y están obligadas a cumplir con la normativa pertinente. Ello sin perjuicio de la distribución interna de competencias que realiza el Reglamento a la LGA.

3-Que dentro de la competencia legalmente atribuida corresponde tanto a la Dirección General de Aduanas, (representada por el Director General o por el Sudirector General, en ausencia del titular), como a las aduanas, (representadas por el Gerente o por el Sugerente, en su defecto), imponer sanciones en sede administrativa, cuando se demuestre la comisión de las infracciones previstas por la normativa aduanera.

4-Ninguna otra dependencia ni de la Dirección General de Aduanas ni de las Aduanas, está ni legal ni reglamentariamente facultada para imponer sanciones en sede administrativa.

1. COMPETENCIA DE LA DIVISIÓN DE CONTROL Y FISCALIZACIÓN EN EL AMBITO ADUANERO

**Establecido lo anterior, nos ocuparemos ahora de cual es la competencia que se le ha atribuido a la División de Control y Fiscalización, pues son sus actuaciones las que están siendo cuestionadas en el presente caso.**

**Sobre este tema, ya este Tribunal, en varios casos ya resueltos[[3]](#footnote-3), se ha referido a la competencia de dicha División:. Así en la sentencia N° sentencia N° 21-99 del 6-4-99, se dispuso:**

***“Competencia de la División de Control y Fiscalización. Es competente éste órgano de llevar a cabo la fiscalización integral del Sistema, con el objeto de comprobar el correcto ejercicio y cumplimiento de sus funciones y obligaciones. Se entiende por Sistema, el Sistema Aduanero Nacional constituido por el Servicio Nacional de Aduanas y las entidades, públicas y privadas, que ejercen gestión aduanera y se relacionan dentro del ámbito previsto por el régimen jurídico aduanero en los términos señalados por el artículo 7 de la L.G.A. y artículos 2 y 15 de su reglamento. Dentro de las funciones del órgano está contenida la potestad de fiscalizar el cumplimiento de las obligaciones establecidas en la normativa vigente, así como los trámites y operaciones que realizan los auxiliares e investigar la comisión de infracciones administrativas, diligenciar y procurar las pruebas que fundamenten las acciones legales respectivas en sede administrativa.***

***En el artículo 15 del Reglamento a la LGA se le asigna competencia a la División de Control y Fiscalización para las funciones de: “ Inciso c. Fiscalizar el cumplimiento de las obligaciones establecidas en la normativa vigente, así como los trámites y operaciones que realizan los auxiliares.***

***Inciso e. Efectuar los cobros por los ajustes o determinaciones en la obligación tributaria aduanera.***

***Inciso i.*** *Investigar la comisión de delitos aduaneros e infracciones administrativas y tributarias aduaneras, diligenciar y procurar las pruebas que fundamenten las acciones legales respectivas**y recomendar las sanciones que correspondan en sede administrativa.*

***Inciso k. Dictar las disposiciones administrativas que deberán aplicar los auxiliares y empresas de comercio exterior, con el objeto de garantizar el control y fiscalización.***

***Inciso p. Tomar las medidas cautelares necesarias para la debida conservación de las pruebas.***

***Inciso q . Conocer y resolver los recursos de reconsideración interpuestos contra los actos emitidos por esa dependencia...”***

**Queda claro de lo expuesto que dicha División está concebida como un órgano fiscalizador del sistema aduanero, y en tal carácter no es la llamada a cumplir con el debido proceso, en el sentido en que no corresponde a ellos la imposición de sanciones, sino que su labor se limita a la investigación y fiscalización, a procurar la prueba pertinente y a efectuar las recomendaciones correspondientes a fin de que sean valoradas por las autoridades legalmente competentes para juzgar, a saber, las aduanas o la Dirección General de Aduanas, según lo indicado en el considerando anterior. Ver también artículo 43 del Reglamento a la LGA.**

**Ello queda especialmente de manifiesto, en tratándose de materia sancionatoria, por cuanto el RLGA, en el artículo 15 citado, expresamente señala en el inciso i) que corresponde a esa División “**Investigar la comisión de delitos aduaneros e infracciones administrativas y tributarias aduaneras, diligenciar y procurar las pruebas que fundamenten las acciones legales respectivas y recomendar las sanciones que correspondan en sede administrativa”, **lo cual deja de manifiesto que en casos como el que nos ocupa, la labor de la División se limita a una labor investigativa y de recomendación.**

1. EL ORGANO DIRECTOR DEL PROCEDIMIENTO: SU FUNCION DENTRO DEL PROCEDIMIENTO.

**Otro tema que resulta de obligado análisis en este caso, es la función que cumple el órgano director del procedimiento administrativo y sus atribuciones o facultades, pues a pesar de que es común su utilización, con ocasión del estudio del presente caso, a la luz de la legislación aduanera y administrativa pertinente, así como de la doctrina y de los pronunciamientos de la Sala Constitucional (que valga decir, generan confusión sobre el tema) y de la Procuraduría General de la República, ha podido comprobar este Tribunal, que en materia aduanera ni el legislador ni el Ejecutivo al reglamentar la LGA, fueron claros sobre este tema, lo que ha originado que en la práctica las autoridades aduaneras e incluso este Tribunal resolviendo algunos recursos de apelación, haya llegado a sostener posiciones que necesitan ser revisadas.**

**A tales efectos, y aún cuando resulte un poco extenso, consideramos pertinente transcribir parcialmente algunos pronunciamientos de la Procuraduría General de la República que en nuestro criterio son significativos sobre este tema, y que arrojan luz y nos ayudan a diferenciar y entender, cual es el papel o función que están llamados a cumplir tanto los órganos que tienen competencia para decidir, como lo serían en nuestro caso, las aduanas y la Dirección General de Aduanas, así como los órganos a quienes se les ha encargado la instrucción o dirección del procedimiento y cómo se deben designar los órganos directores de los procedimientos en sede administrativa.**

En el dictamen N° C-065-96 de fecha 3-05-96, en el que se atiende solicitud planteada por el Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados, para que se dictaminará sobre la nulidad absoluta, evidente y manifiesta de un acto emitido por ese Instituto, la Procuraduría, reseñando su propia jurisprudencia administrativa relacionada con el nombramiento del órgano director del procedimiento previsto en el artículo 173 de la Ley General de la Administración Pública, indicó:

*“La Procuraduría General de la República ha establecido desde 1985, que en punto al nombramiento del Organo Director del Procedimiento Administrativo,* ***éste debe ser designado, necesariamente, por el órgano competente para emitir el acto final de que se trate...***

*De otra parte y como asunto que atañe a todo procedimiento administrativo, esta Procuraduría ha señalado lo siguiente:*

*‘Las partes dentro del procedimiento administrativo son el sujeto administrativo y el sujeto administrado. Respecto al primero, y siguiendo los lineamientos de la Ley General de la Administración Pública, debemos* ***distinguir entre el órgano director del procedimiento y el órgano decisor.***

***Este último es el que reúne las condiciones necesarias, incluyendo por supuesto la competencia, para resolver por acto final el procedimiento****.*

***Por su parte, el órgano director es el encargado de tramitar y excitar el desarrollo del mismo, dictando las providencias que estime necesarias. Este deberá ser nombrado por el competente para emitir el acto final, es decir por el órgano decisor...’****- el destacado no es del original- (dictamen N°173-95 de 7 de agosto de 1995).*

*Esta última afirmación supone ratificar y generalizar el criterio que ya había externado la Procuraduría en su pronunciamiento N°C-166-85, del 22 de julio de 1985, cuando a propósito de los procedimientos de nulidad absoluta, evidente y manifiesta, de manera rotunda expresaba:*

***‘Es criterio de este Despacho que el Organo Director del Procedimiento debe ser designado por el órgano competente para emitir el acto final. Igualmente hemos considerado que una vez instruido el procedimiento el órgano director debe remitir el expediente respectivo al órgano con competencia para resolver sobre el fondo del asunto para que éste requiera los dictámenes que la ley exija****’ (la negrilla también nos corresponde).*

*En esta oportunidad, nuevamente debe reiterarse lo externado por la jurisprudencia dictada por la Procuraduría, y siendo consecuentes y coincidentes en un todo con lo advertido por el último dictamen N°C-055-96,* ***se debe afirmar que la ‘la Junta Directiva del Instituto, como órgano decisor, era el único competente para designar a los órganos directores de los procedimientos administrativos que se analizan...”***

*Y más adelante analizando en concreto el caso sometido a consideración, la Procuraduría señaló que : “Revisado y analizado el expediente administrativo que nos fuese remitido, relativo al Ing. ...,* ***se desprende con meridiana claridad que la Junta Directiva del Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados no dicto ningún acuerdo disponiendo solicitar a la Dirección Jurídica que iniciara el procedimiento administrativo para la declaratoria de nulidad absoluta evidente y manifiesta, y tampoco nombrando a las personas de manera particular y con carácter de investidura, que conformarían el órgano director del procedimiento...***

*Coincidimos y compartimos plenamente con las afirmaciones externadas en el dictamen N°C-055-96 antes referido, las que resultan del todo aplicables para nuestro caso sometido a estudio, en cuanto advierte que:*

*‘****Esta abdicación competencial por parte de la Junta Directiva resulta, jurídicamente, inaceptable; lo anterior , entre otras cosas, porque no existe norma que autorice una delegación de esa función*** *(artículos 85 y 89 de la Ley General).*

***Cabe concluir que el error indicado se traduce en un conjunto de actuaciones procedimentales ordenadas por órganos incompetentes, lo cual provoca la nulidad absoluta de todo lo actuado.***

***En relación con estas últimas afirmaciones, nótese que se ha omitido una formalidad del procedimiento que no puede ser calificada de insustancial, por la eventual indefensión que dicho error puede causar o inducido.***

***Asimismo, que el informalismo propio del procedimiento administrativo en general, no puede invocarse para subsanar nulidades absolutas acaecidas en su seno*** *(doctrina de los artículos 223 y 224 de la Ley General de la Administración Pública)’.*

***Todo lo anterior lleva a la Procuraduría a concluir en el caso concreto, que*** *“Es claro que el procedimiento administrativo que nos ocupa ha sido dirigido por un órgano director que deviene incompetente, al no haber sido nombrado o investido por el órgano que, en definitiva, es el que debe resolver sobre la nulidad absoluta, evidente y manifiesta de que se trata, a saber, la Junta Directiva del Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados, la que ni siquiera aparece ordenando el inicio del procedimiento administrativo”* **(el resaltado y subrayado es nuestro)**

También la Procuraduría refiriéndose al debido proceso que se debe observar, a efecto de declarar la nulidad absoluta, evidente y manifiesta de un acto declaratorio de derechos, ante solicitud efectuada por el Director Ejecutivo del Consejo de Seguridad Vial, en el dictamen C-209-99 del 22 de octubre de 199, declaró:

*“Ahora bien, para que desarrolle el citado procedimiento administrativo ordinario, el Ministerio o el jerarca administrativo de que se trate debe designar al órgano director del procedimiento administrativo (artículo 173.2), el cual cumple una función determinante.*

*En efecto, la citada Ley General le atribuye, entre otras, las siguientes competencias:* ***dirige el procedimiento y la comparecencia (artículo 314.1); cuando la comparecencia fuese grabada, con su sola firma puede ser levantada posteriormente el acta respectiva (artículo 313); recibe la prueba ofrecida por la parte ausente cuando ello fuere posible (artículo 315); resuelve todas las cuestiones previas surgidas durante el curso del procedimiento (artículo 227.1); conserva los objetos presentados susceptibles desaparición dejando constancia en el acta (artículo 270.6); es disciplinado si por su culpa hay retraso en el procedimiento; y si la culpa es grave incurre en responsabilidad civil ante el administrado (artículo 263.2****)*

*Dictado el acto que concluye la fase instrucción y que comprueba preliminarmente que el acto que se pretende anular es absolutamente nulo, y de previo al dictado de la resolución final por parte del jerarca, el asunto (el expediente completo) debe ser enviado a la Procuraduría –o a la Contraloría si versa sobre materia de su competencia- con el objeto de que corrobore si efectivamente los vicios del acto son de tal magnitud, es decir, que la nulidad absoluta es evidente y manifiesta.”*(el subrayado y resaltado es nuestro)

**Finalmente en el Dictamen C-165-96 del 8-10-96, ante una consulta formulada por la Municipalidad de Curridabat, respecto al “momento procesal en que debe contarse el término establecido por la Ley General de la Administración Pública, en su artículo 261, es decir, el término de dos meses que debe durar el procedimiento”, la Procuraduría luego del análisis de los artículos 261, 263, 329, 284 de la LGAP y de lo que sobre el particular ha señalado la doctrina española, sostiene:**

*“Ahora bien, en el caso de Costa Rica, cuando el órgano competente decide nombrar al órgano director y ordena el inicio del procedimiento, de ninguna forma puede entenderse que dicho acto sea el que ocasiona el inicio del procedimiento.*

*Es de hacer notar que, como se ha visto, la decisión de iniciar un procedimiento administrativo supone la valoración previa de la Administración de ciertos elementos para poder determinar la necesidad de iniciar un procedimiento tendiente a la verificación de la verdad real de los hechos de interés.*

*Por otra parte, según el sistema seguido en Costa Rica,* ***en el cual es preciso nombrar un órgano que dirija el procedimiento, se hace necesario, en la fase preliminar al inicio del procedimiento, conferir formalmente al designado como tal, las facultades necesarias para que lleve adelante el procedimiento****, tal y como lo prevé la Ley General de la Administración Pública.*

***Es preciso por ello, investir formalmente al Órgano Director de las facultades administrativas y formales necesarias para que tenga la competencia y capacidad jurídica requeridas para dar validez a sus actuaciones.***

***Esta condición formal la adquirirá por ello el órgano director mediante el dictado, por parte del órgano competente, de un acto de naturaleza interna, es decir, que produce efectos directos únicamente dentro de la Administración y no en relación con terceros, salvo que se disponga lo contrario...***

*Clara la condición de acto interno de aquel mediante el cual se inviste de competencia al Órgano Director del Procedimiento, resulta ahora de interés cuestionarse a partir de qué momento se debe tener por iniciado formalmente el procedimiento.*

*En ese sentido, se debe indicar que la Ley General de la Administración Pública establece que cabrán los recursos ordinarios únicamente contra ciertos actos preparatorios, dentro de los cuales se encuentra el que da inicio al procedimiento ordinario.*

*Es así como dicha ley dispone textualmente lo siguiente:*

*Artículo 345.-*

*1.En el procedimiento ordinario cabrán los recursos ordinarios únicamente contra el acto que lo inicie, contra el que deniega la competencia oral o cualquier prueba y contra el acto final.*

*(...)” (El subrayado no es del original)*

*Esta regulación deja en claro, que aquél acto mediante el cual se da inicio al procedimiento, al ser impugnable por quienes sean parte del mismo, tiene como naturaleza la de un acto externo, es decir, un acto que se destina y dirige al administrado.*

*Así las cosas, es posible concluir de este razonamiento, que el inicio del procedimiento se produce, no cuando se nombra o designa al Órgano que lo dirigirá,* ***sino a partir del momento en el cual éste decreta su inicio y notifica a las partes, actuación que sí es recurrible, precisamente por su condición de acto externo, según se vió.***

*Será de esta forma éste el momento a partir del cual inicia el transcurso del plazo de dos meses previsto por el ya analizado artículo 261 de la Ley General de la Administración Pública y no antes...*

***Finalmente, con fundamento en lo antes señalado, debe distinguirse entre el acto interno que dicta la Administración nombrando un órgano que dirija el procedimiento que se ha determinado necesario iniciar, en los casos en lo que se decide hacerlo de forma oficiosa y aquél acto externo que da formalmente inicio al procedimiento, cuyo dictado sólo compete al órgano director nombrado.***

***Así las cosas, no es posible concentrar en un solo momento ambas situaciones, dado que la competencia para el dictado de un acto y otro, no es compartida por los órganos a quienes se les ha reconocido la capacidad jurídica en un caso y otro.”***(el resaltado y subrayado es nuestro)

Por otra parte, encontramos dentro de la jurisprudencia de la Sala Constitucional, diversos pronunciamientos sobre el tema, aún cuando es confusa y si se quiere en algunos casos contradictorias, las posiciones asumidas , toda vez que así como se ha considerado que la garantía de juez natural, a la que antes nos referimos, es parte del principio constitucional del debido proceso, y que en consecuencia quien ejerce la función de juzgar debe ser el juez que legalmente se haya previsto, por lo que ha estimado que se viola el debido proceso cuando ello no ocurre así, sin embargo en otros casos, ha estimado la Sala que la discusión del órgano competente en un determinado caso, es un asunto de legalidad y no de constitucionalidad, y en ese sentido se ha pronunciado. Veamos alguna jurisprudencia constitucional:

**En el voto N° 0905-98 del 11-2-98, refiriéndose a la garantía del debido proceso , en lo que nos interesa dispuso:**

***“...Como primera premisa, debe entenderse que el concepto procesal de “Instrucción” no es sinónimo, ni tiene los mismos efectos de “juzgar”, ni de “sentencia”...en el caso concreto será a este órgano de la Administración a quien corresponda, en su carácter de juez legal administrativo, dictar el acto final; es decir, juzgar los hechos –previa audiencia concedida a la defensa-, evaluar la prueba, y fundamentar la resolución de fondo...El trabajo de fiscalización y control, cual ocurre en este caso y se ha dicho repetidamente, no contiene más que un estado de resultados; no pasa de ser una simple denuncia de carácter administrativo, que para transformarse en proceso sancionatorio, debe pasar por el tamiz del procedimiento ordinario****, que la Ley General de la Administración Pública creó, como principio general del derecho procesal administrativo, y* ***lógicamente constitucional, según resulta de la armónica conjunción de los artículos 39 y 41 constitucionales y 211,212,213,214,216,308, siguientes y concordantes de esa Ley General... el principio elemental, parámetro de constitucional, de la razonabilidad y proporcionalidad de la norma procesal, no permitiría que se pueda imponer una sanción, por mínima que sea, sin observarse las reglas elementales del debido proceso; pero el procedimiento de sanción, no lo puede realizar, quien no tiene la posibilidad jurídica de imponer la sanción. Es decir, la competencia de la formación del procedimiento, corresponde al jerarca, que es quien debe tomar la decisión final... resultaría irrazonable y desproporcionado que deba instruir una sumaria administrativa, con sujeción a las reglas del debido proceso, únicamente para ponerla en conocimiento del Consejo de Gobierno, para que éste inicie un nuevo proceso, ahora sí sancionatorio...”(el subrayado es nuestro.).***

En otras de sus resoluciones, emitida a las catorce horas cuarenta y dos minutos del veintiséis de enero de mil novecientos noventa y nueve, la Sala con un criterio diferente, estimó lo siguiente:

 *“ Por último, en cuanto a lo expuesto por la accionante sobre la prescripción de la acción* ***y la incompetencia del órgano que impuso la sanción, estima la Sala que tales alegatos deben ser dirimidos en la vía ordinaria, por tratarse aspectos de mera legalidad.***  *En mérito de lo expuesto, el recurso resulta improcedente en todos sus extremos y así debe declararse.”*

Y en el voto N°01142-99 a las diecinueve horas con doce minutos del diecisiete de febrero de mil novecientos noventa y nueve, la Sala refiriéndose al papel del órgano director, sostiene una posición coincidente con los dictámenes de la Procuraduría, al indicar:

***“Considerando:***

***I.-*** *De lo dicho por el recurrente en su memorial de interposición se desprende que el Concejo Municipal de Carrillo acordó nombrar un órgano director del procedimiento administrativo en relación con una investigación que se le sigue, y que dispuso integrarlo con dos regidores municipales más el asesor legal de esa municipalidad. Acuerdo que el recurrente considera nulo por cuanto el órgano que va a dictar el acto final no puede ser el mismo que dirige el procedimiento cuyo objetivo es verificar la verdad real de los hechos que le van a servir de motivo, además de que el mismo se inició un mes después de ocurridos los hechos, razón por lo cual está prescrita la acción para efectos del despido.*

***II.- No es el órgano director del procedimiento el que va a dictar el acto final pués su finalidad es, al tenor de lo dispuesto en el artículo 214.2 de la Ley General de Administración Pública, verificar la verdad real de los hechos que sirven de motivo al acto final, esto es, instruir el proceso únicamente, no resolver sobre el fondo del asunto. En este sentido, quienes instruyen no pueden luego resolver y dictar el acto final, y en el presente asunto ello significa que los regidores nombrados para integrar el órgano director del procedimiento no pueden, luego, participar y votar en las sesiones en que se conozca acerca de aquel y sus resultados, y mucho menos, de la sesión en la que se adopta el acto final, pero no que no puedan formar parte de dicho órgano...”(****el subrayado es nuestro)*

Sin embargo, veamos como en el voto que a continuación se transcribe, la Sala en forma diferente señala, que la conformación del órgano director del procedimiento es un asunto de legalidad y no constitucionalidad:

*“En el caso de examen, como en el fondo la disconformidad acusada,* ***es en relación a la conformación del órgano director del procedimiento, resulta improcedente que esta Sala se pronuncie al respecto, por no ser materia de conocimiento de este Tribunal, razón por la cual, si a bien lo tiene, deberá plantear los recursos que la ley le provee en contra de la conformación de ese órgano, ante la propia autoridad recurrida, por ser en definitiva la llamada a resolver ese reparo****. Por lo expuesto el recurso resulta inadmisible y así debe declararse.* **(**voto N° 01141-99, a las diecinueve horas con nueve minutos del diecisiete de febrero de mil novecientos noventa y nueve.)(el subrayado es nuestro)

Sin embargo, en el voto N°7305-99 del mes de setiembre del mismo año, la Sala sostuvo:

*“...Sin embargo, existen varias irregularidades en el procedimiento, por ejemplo,* ***no se observa que se haya designado formalmente el órgano director del procedimiento, sin que sea aceptable el argumento de los recurridos en el sentido de que es de conocimiento público que se trata de la Oficina de Recursos Humanos****. Nótese que el recurrente dirigió su oposición al despido y escrito de descargo al Alcalde Municipal, quien le había hecho la comunicación del propósito de despido...”(el subrayado es nuestro)*

No obstante las diferencias apuntadas, e independientemente de si el tema del órgano competente para resolver y del órgano director del procedimiento, sea un asunto de índole constitucional o de mera legalidad, lo cierto, es que se desprende de los pronunciamientos reseñados, que cuando dentro de un procedimiento administrativo, se evidencian irregularidades respecto del órgano que resuelve o en la conformación o actuación del órgano que dirige el proceso, estamos ante violación de formalidades sustanciales, que generan la nulidad de las actuaciones.

Finalmente y analizando a la normativa aduanera, debemos apuntar que la Ley General de Aduanas, hace referencia al tema del órgano director, cuando en el artículo 196 dispone:

*“Artículo 196.-* ***Actuaciones comunes del procedimiento ordinario****.*

*Para emitir cualquier acto que afecte derechos subjetivos o intereses legítimos, deberán observarse las siguientes normas básicas:*

*a)La apertura del procedimiento, de oficio o a instancia de parte, debe ser notificada a las personas o entidades que puedan verse afectadas.*

*b)En el acto de notificación se otorgará un plazo de quince días hábiles para presentar los alegatos y las pruebas respectivas.* ***La autoridad aduanera que instruya el procedimiento*** *podrá prorrogar, mediante resolución motivada, de oficio, o a instancia de parte interesada este plazo para los efectos de presentación de pruebas.*

*c)A solicitud de parte interesada, el órgano instructor dará audiencia oral y privada por un término de ocho días, una vez evacuadas las pruebas para que las partes desarrollen las conclusiones finales.*

*d)Listo el asunto para resolver,* ***el órgano instructor dictará la resolución dentro de un plazo de diez días hábiles****. La notificación debe contener el texto íntegro del acto.”*

**Nótese como el legislador, conciente o inconscientemente, asimila órgano director a órgano decisor, porque si bien señala que habrá una autoridad aduanera que instruirá el asunto, sin embargo, en el inciso d), indica que el órgano instructor deberá dictar resolución dentro de los 10 días hábiles, siendo así, entonces debemos concluir que si el órgano instructor emite el acto final, entonces es porque ambas funciones, la de instructor y la de juzgador, la ejerce la misma autoridad, que no podría ser otra que el órgano decisor, es decir, la aduana o la Dirección, pues obviamente el que puede lo más puede lo menos, y si dichos órganos están incluso legalmente facultados para sancionar, pues podrían además instruir el expediente. Claro que esto último podría generar problemas prácticos importantes, pues tendrían que estar los jerarcas de ambas oficinas instruyendo todos los asuntos. De ahí que por aplicación supletoria de la LGAP nada obsta para que no puedan constituir un órgano que instruya el procedimiento, siempre que se observen los procedimientos indicados.**

En síntesis y a efecto de que sean consideradas en futuros casos, este Tribunal, extrae de lo expuesto, las siguientes conclusiones:

1-Una cosa es ser órgano competente para decidir o juzgar y otra es ser órgano director del procedimiento.

2-El órgano juzgador es aquella autoridad que la normativa respectiva le otorga la competencia a tales efectos. En nuestro caso, la legislación aduanera otorga la potestad sancionatoria únicamente a la Dirección General de Aduanas y a las aduanas, según donde se realicen los procedimientos.

3-Como órgano juzgador, le corresponde el inicio del procedimiento, que implica una valoración sobre los supuestos hechos que se le están informando. Este inicio del procedimiento podría materializarse de diversas formas; ya sea que el mismo jerarca u órgano juzgador, sea el que suscriba el acto de inicio del procedimiento; o bien, que en el acto en que constituya formalmente al órgano director, ordene y faculte en ese sentido, a que el órgano director, emita el acto de apertura del procedimiento. Nótese que aún en este segundo supuesto, no es el órgano director el que decide si inicia o no el procedimiento, sino que lo que está es cumpliendo con una orden del órgano juzgador, quien le encargó previa, valoración de la situación fáctica, el inicio del proceso.

4-Además como órgano juzgador le corresponderá resolver en alzada sobre las impugnaciones que se presenten contra las actuaciones del órgano director del procedimiento, por ser el superior jerárquico del mismo, como por ejemplo, resolver las apelaciones por denegatorias de pruebas, irregularidades en la realización de las audiencias, entre otras. Finalmente listo el asunto para resolver, corresponde al órgano juzgador, emitir el acto final del procedimiento, luego de la valoración de lo que consta en expediente.

5-Por otra parte, en cuanto al órgano director del procedimiento, la primera conclusión importante que se desprende de lo expuesto, es que el mismo debe ser designado o conformado formalmente, por el órgano con competencia para resolver. En la materia que venimos estudiando, corresponde entonces al gerente como representante la Aduana o al Director General de Aduanas, según el caso, designar a los órganos directores de los procedimientos sancionatorios. Dicha designación implica que el órgano director del procedimiento es investido formalmente con las facultades tanto administrativas como formales, que le vienen a dar competencia para actuar en el caso concreto, y para que en consecuencia sus actuaciones sean consideradas válidas. Dicha conformación del órgano director debe ser notificada a las partes en el proceso, para los efectos pertinentes, sobre todo para que si fuese procedente, las partes presenten las recusaciones del caso.

6-De esta forma, nada obsta para que dentro de la estructura organizativa de las aduanas y de la Dirección General de Aduanas, cualquiera de las dependencias que las componen, puedan ser designadas en un caso concreto, como órganos directores de procedimientos, lo cual es un asunto que deberá valorar el jerarca, según el caso de que se trate. En tal sentido, podría en un determinado asunto designarse, por ejemplo a la Asesoría Legal, como órgano director, y en otro caso, a la División de Control y Fiscalización o la División de Normas y Procedimientos, etc.

7-Una vez designado e investido de competencia, el órgano director del procedimiento es el encargado de dirigir y tramitar el procedimiento, en busca de la verdad real de los hechos, que es en definitiva la razón de ser del procedimiento. Debe al igual que las otras partes en el proceso, excitar el desarrollo del mismo y atender y resolver todas las cuestiones previas surgidas durante el proceso. Le corresponde además, la realización de audiencias, aceptación o rechazo de las pruebas propuestas, recibir o evacuar las pruebas ofrecidas, levantar actas, emitir providencias, entre otras. Deberá conocer como órgano director los recursos de reconsideración que se presenten contra sus propias actuaciones, cuando los mismas sean recurribles en los términos previstos por la ley, y deberá remitir al Gerente o al Director de Aduanas, según el caso, las alzadas que contra sus actos se presenten durante el desarrollo del proceso.

8-Debe reiterarse sin embargo, lo ya indicado en el sentido de que no es una facultad del órgano director, ordenar el inicio del procedimiento. El único caso en que podrá el órgano director suscribir el inicio del proceso será cuando el juzgador lo haya legalmente facultado a tales efectos, en cuyo caso estaría iniciando del proceso, no porque ello sea una facultad legalmente establecida a los órganos directores, en materia sancionatoria, sino porque estaría cumpliendo con la orden dada por el juzgador, que es quien en definitiva tiene la competencia para decidir si inicia o no el procedimiento sancionatorio. De ahí que eventualmente podría ser que tanto la Asesoría Legal como la División de Control y Fiscalización, o cualquier otra dependencia que se designe, podrían suscribir actos de apertura de dichos procedimientos, en el entendido que el jerarca previamente los ha facultado para tales efectos y ante la ausencia de normativa que les otorgue competencia a tales efectos.

Valga también aclarar, para efectos del presente caso, que no es que la DFC no pueda ser órgano director del proceso, como lo fue en el presente caso, sino que lo que legalmente no está facultada es para decidir de mutuo propio, el inicio del procedimiento En ese sentido debe modificarse el criterio externado por este Tribunal en casos anteriores, por ejemplo en la sentencia 61-99 parcialmente transcrita en el considerando anterior, en la cual, este Colegio señaló que la normativa facultaba a la dicha División para ordenar el inicio del procedimiento, criterio que debe ser modificado en los términos que se indican en el presente sentencia.

9-Una vez finalizada la instrucción, el órgano director deberá remitir el asunto al jerarca para que valore lo actuado y emita el acto final del procedimiento.

1. ANÁLISIS DE LO ACTUADO EN EL CASO CONCRETO. **Finalmente, y aún cuando la solución se desprende en forma evidente de lo expuesto, debemos de referirnos al caso concreto, para indicar que si bien la DCF puede ser designada como órgano director del procedimiento y puede suscribir el acto de apertura del mismo, siempre que para tales efectos haya sido facultada por el Director General de Aduanas, lo cierto es que en el caso concreto, no consta el acto mediante el cual se le haya designado como órgano director y facultado para iniciar el procedimiento, por lo que al haber sido iniciado el procedimiento por un por órgano incompetente al efecto, el mismo deviene en nulo, por estar viciado en consecuencia uno de los elementos formales del acto administrativo, -el sujeto-, generando la disconformidad del acto con el ordenamiento jurídico y en consecuencia ocasionando nulidad de todo lo actuado con posterioridad al mismo, por lo que a tenor de lo expuesto por los artículos 35 y 39 de la Constitución Política, 128, 129 y concordantes, y artículos 165, 166, 169 y 172 y 223 de la Ley General de la Administración Pública, debe este Tribunal, según sus competencias , acoger la excepción de incompetencia interpuesta y declarar la nulidad absoluta de lo actuado a partir de ese momento.**

**En efecto disponen dichos artículos:**

 ***“Artículo 128.- Será válido el acto administrativo que se conforme sustancialmente con el ordenamiento jurídico, incluso en cuanto al móvil del funcionario que lo dicta.” “Artículo 129.- El acto deberá dictarse por el órgano competente y por el servidor regularmente designado al momento de dictarlo, previo cumplimiento de todos los trámites sustanciales previstos al efecto y de los requisitos indispensables para el ejercicio de la competencia.” “Artículo 158.- 1. La falta o defecto de algún requisito del acto administrativo, expresa o implícitamente exigido por el ordenamiento jurídico constituirá un vicio de éste. 2. Será inválido el acto sustancialmente disconforme con el ordenamiento jurídico. 3. Las causa de invalidez podrán ser cualquiera infracciones sustanciales del ordenamiento, incluso, las de normas no escritas. 4. Se entenderán incorporadas al ordenamiento, para este efecto, las reglas técnicas y científicas de sentido unívoco y aplicación exacta, en las circunstancias del caso. 5. Las infracciones insustanciales no invalidarán el acto pero podrán dar lugar a responsabilidad disciplinaria del servidor agente.”***

# POR TANTO

Con fundamento en el artículo 91 del Código Aduanero Uniforme Centroamericano, artículos 203, 204 y 205 de la Ley General de Aduanas, este Tribunal por mayoría resuelve: Se declara con lugar la excepción de incompetencia y en consecuencia se anula lo actuado en expediente a partir de la resolución N° RES-DCF-439-98 de catorce de diciembre de 1998 inclusive. Proceda la Dirección General de Aduana a enderezar el procedimiento según lo señalado en la presente sentencia Se devuelve el expediente administrativo a la oficina de origen para lo correspondiente. Voto salvado del licenciado Soto Sequeira quien declara sin lugar el recurso de apelación y mantiene la resolución recurrida.

**Notifique…**

Shirley Contreras Briceño Luis Gómez Sánchez

Alejandra Céspedes Zamora Desiderio Soto Sequiera

Elizabeth Barrantes Coto Dick Reyes Vargas

Loretta Rodríguez Muñoz

Presidenta

NOTA DEL LICENCIADO GÓMEZ SÁNCHEZ**: Si bien es cierto comparto en esencia la sentencia y lo resuelto en ella, estimo necesario separarme de las consideraciones relativas al artículo 196 de la Ley General de Aduanas, por no compartir la interpretación que del mismo se hace, además de estimar no aplicar en el caso resuelto.**

# Lic. Luis Gómez Sánchez

NOTA DEL LICENCIADO REYES VARGAS. **Si bien el suscrito coincide con la mayoría en el por tanto de la presente resolución, ello es con fundamento en las siguientes consideraciones:**

**El CAUCA II en su artículo nueve establece que: “La potestad aduanera es el conjunto de derechos, facultades y competencia que este Código y demás disposiciones legales conceden** *al servicio de aduanas y que se ejercita a través de sus funcionarios para que puedan* **regular el trafico del comercio exterior y** *sancionar cuando corresponda el incumplimiento de dichas disposiciones.”* **(El resaltado es nuestro). Conforme con lo anterior el artículo 10 siguiente dispone: “El ejercicio de la potestad aduanera corresponde** *en forma privativa a las autoridades y personal de este servicio* **público especializado...”. De manera, que dicha norma señala como único órgano competente para el ejercicio de las potestades aduaneras, que incluyen las de sanción, al servicio aduanero, el cual se regirá en el ejercicio de tal atribución o competencia de conformidad con lo que disponga la legislación nacional según se señala en el párrafo último del artículo 101 ibidem.**

**Luego el mismo CAUCA II en sus artículos cinco y seis nos viene a indicar cuales son los órganos principales que integran el servicio aduanero, o dicho de otra forma que el servicio aduanero tiene como órganos principales a la Dirección General de Aduanas y La Aduana. Pero, dichos artículos no solo nos enseñan que el Servicio Aduanero Nacional es un órgano complejo dependiente el Ministerio de Hacienda, sino que además, vienen a establecer la competencia de cada uno de ellos.**

**En efecto, el numeral cinco, en lo conducente, señala: “La Dirección General de Aduanas** *es el organismo superior* **aduanero, a nivel nacional dependiente del ramo de hacienda o finanzas que** *tiene a su cargo la dirección técnica y administrativa de las Aduanas* **u oficinas aduaneras, y demás actividades del ramo.”. Igualmente y respecto de La Aduana el numeral seis, también en lo de interés, dispone: “La Aduana en un organismo especializado ...** *facultado para hacer cumplir la legislación* **aduanera, la de comercio exterior en lo que corresponda, los convenios internacionales sobre la materia** *y de ejercer las demás funciones que se le encomiende por ley***.**

**En síntesis, como se puede apreciar de manera sencilla y clara, la norma comunitaria fija y a su vez limita la competencia de la Dirección General de Aduana a facultades de dirección, tanto en lo técnico como en lo administrativo de las Aduanas y demás actividades del ramo.**

**Por su parte, y respecto de la Aduana, la coloca como el órgano facultado para hacer cumplir la legislación aduanera y la de comercio exterior cuando corresponda, limitando el ejercicio de esa competencia asignada únicamente en razón del territorio según lo dispone el numeral ocho de ese cuerpo legal.**

**Como hace cumplir la legislación La Aduana?, mediante el ejercicio de la potestad aduanera dentro de la cual encontramos el “Control de la Aduana”, definido en el artículo cuatro ibiden como “El conjunto de medidas tomadas para asegurar el cumplimiento de las leyes y reglamentos que la Aduana esta obligada a aplicar.” como también mediante el ejercicio del poder sancionatorio mencionado supra.**

 **De las normas del CAUCA II analizadas se desprenden, de manera clara y sencilla, las siguientes conclusiones:**

1. **Establece el CAUCA II al Servicio Aduanero como el órgano competente para ejercer las potestades aduaneras.**
2. **Señala como órganos del Servicio Aduanero a la Dirección General de Aduanas y a Las Aduanas u las Oficinas Aduaneras.**
3. **Dispone en forma general la competencia de cada uno de los órganos que componen el Servicio Aduanero.**
4. **Fija la competencia de la Dirección General de Aduanas de la siguiente manera: en razón del territorio a nivel nacional, de la materia a funciones de dirección, tanto en lo técnico como administrativo de las Aduanas u oficinas aduaneras, y demás actividades del ramo, en razón del grado lo señala como el órgano superior a nivel nacional, pero dependiente del Ministerio de Hacienda.**
5. **Fija la competencia de la Aduana en razón del territorio a lo que se le señale en la ley nacional, sobre la competencia en razón de la materia le corresponde el hacer cumplir la legislación aduanera y convenios internacionales sobre la materia, respecto de la de comercio exterior hacerla cumplir en lo que le corresponda, y ejercer las demás funciones que se le encomiende por ley.**

**Como lógica conclusión, debe tenerse que, dentro de la distribución de competencias operada en la normativa comunitaria, corresponde a la aduana hacer cumplir, en su territorio, la legislación aduanera.**

**El modelo es conteste con el que se impulso en su momento, que precisamente, buscaba una reducción del aparato estatal y en especial una simplificación en estructura organizativa de dicho servicio.**

**En cuanto a nuestra legislación Nacional, es de todos conocido que al redactarse la Ley General de Aduanas y muy a pesar de que se quiera decir que la misma desarrolla el CAUCA II y sus principios, es lo cierto que en la realidad dicho texto legal en muchos aspectos se separó de el texto y principios de la normativa comunitaria, lo que no significa que el operador jurídico deba igualmente separase de ésta para aplicar, interpretar o integrar la Legislación Aduanera Nacional. Por el contrario, es criterio del suscrito que en tales labores, las de aplicación, interpretación e integración de la Ley General de aduanas deben responder en la medida de lo posible a las normas de la Comunidad Centroamérica y de ser imposible ello, debe prevalecer la normativa comunitaria y sus principios sobre la nacional.**

**Pero, en lo que corresponde al análisis del caso concreto, veamos lo que señala la Ley General de Aduanas.**

 **Como bien se indica la resolución de mayoría La Ley de Aduanas como la normativa comunitaria tienen como uno de sus fines la represión de las conductas ilícitas (art. 6), con el objeto precisamente de garantizar la aplicación misma de la legislación aduanera. Es tal fin u instrumento, una garantía en para la aplicación y vigencia del ordenamiento mismo.**

**También, como hicimos ver respecto del CAUCA II, la Ley de Aduanas regula y desarrolla el Servicio Nacional de Aduanas como un órgano complejo y enmarcado en la estructura del Ministerio de Hacienda (art. 8, 9), señalando que su estructura y organización estará a cargo de dicho Ministerio, sin perjuicio de los órgano creados por esta Ley y el CAUCA II, a lo que debe agregarse que, tal aspecto abarca, además, de manera lógica y necesaria, el de la competencia, sea, que además el Ministerio de Hacienda o más especifico aún y conforme a nuestro régimen constitucional, El Poder Ejecutivo, al organizar el Servicio de Aduanas, no solo debe respetar los órganos creados por la Ley y Normativa Comunitaria, sino y además las competencias a estos asignadas en tales cuerpos legales. Esto último, además, es conforme lo dispuesto en los numerales 5 párrafo 2, 8 y 101 del CAUCA II, 140 inciso 3 y 18 de la Constitución Política.**

**De manera que la Ley General de Aduanas, en igual forma que lo hizo el CAUCA II viene a establecer la organización mínima que a nivel legal se estima necesaria para el Servicio Nacional de Aduanas, así en un claro respeto al principio mismo de jerarquía y según lo que dispone para el mismo Poder Ejecutivo en la norma de cita anterior, el legislador respeta el binomio Dirección General de Aduanas-Aduanas.**

**Pero, si bien como se dijo supra, deja al Ejecutivo el darse en lo demás su propia organización, limita tal atribución a los principios de servicio al usuario, armonización de los procedimientos, simplificación, flexibilidad, eficiencia en el control y la fiscalización.**

**En cuanto al Binomio, el legislador nacional al definir las competencias de la Dirección General de Aduanas, reitera lo señalado por la normativa comunitaria, es decir, fija la competencia de la Dirección General de Aduanas así: en razón del territorio a nivel nacional, de la materia a funciones de dirección, tanto en lo técnico como administrativo de las Aduanas u oficinas aduaneras, y demás actividades del ramo, en razón del grado lo señala como el órgano superior a nivel nacional, pero dependiente del Ministerio de Hacienda. Para el ejercicio de tales competencias además se le asignan las siguientes facultades: a)-emitir políticas y directrices para las actividades de las aduanas y dependencias a su cargo, b)- la de ejercer las atribuciones aduaneras, c) la de decidir las impugnaciones interpuestas ante ella por los administrados, d)- la de coordinar y fiscalizar la actividad de las aduanas y dependencias a su cargo (arts. 10 y 11).**

**Como se observa, la Ley otorga las mismas competencias que el CAUCA, respeta la asignación por éste dada. Pero como es lógico, no solo reitera lo ya previamente dispuesto sino y además otorga los instrumentos legales que estimo como necesarios el legislador para el ejercicio de tal competencia. Interesa destacar aquí la correcta técnica administrativa utilizada por el legislador, pero que no obstante la mayoría mal entiende cuando interpreta o entiende que el instrumento o facultad consistente en “ejercer las atribuciones aduaneras” no es tal sino que lo ven como una competencia más, es decir, dan el carácter de competencia a lo que son facultades, negándole el carácter instrumental a las mismas y otorgándole uno de naturaleza competencial, lo cual, a criterio del suscrito, resulta contrario a la definición misma de atribución y su función.**

**Por otro lado, entiende el suscrito que tal facultad, la del ejercer las atribuciones aduaneras, es para el cumplimiento mismo de la competencia asignada, sea para la realización de su actividad competencial y no significa que la misma pueda ser ejercida o conlleve el ejerció de competencias asignadas a otro órgano, en este caso la Aduana.**

**Luego, la Ley en sus artículos 13 y 14, y en relación con el otro órgano del binomio, sea La Aduana, disponen en claro respeto del CAUCA II una competencia en razón de un territorio determinado, el cual corresponderá asignar, dice, al Ministerio de Hacienda, lo cual debe entenderse como, el Poder Ejecutivo, de conformidad con nuestro régimen constitucional. Sin embargo el legislador aquí si incluye un aspecto no contemplado por la norma comunitaria y es que la competencia puede además ser determinada no solo por el territorio sino y además en razón de la función especifica asignada a una aduana o lo que se ha dado en conocer como competencia funcional, que algunos entienden como distinta de la competencia en razón de la materia, pero que, sin embargo, en nada se diferencia de esta, sino que corresponde a un grado mayor de especialización de la misma, de manera que, sobre la materia, la Ley General de Aduanas, y en lo que respecta a la Aduana, dispone que ésta es la encargada de las gestiones aduaneras, el control de las entradas, permanencia, salidas de las mercancías y la coordinación de la actividad aduanera que se desarrolle en su zona de competencia territorial o funcional, aplicando éste último termino con el error señalado supra.**

**Como se observa no existe contraposición alguna respecto de lo dispuesto en la normativa comunitaria y la Nacional sino por el contrario una clara complementación, en tanto, la nacional especifica mayormente en unas áreas la competencia dispuesta para la Aduana.**

**Puede observarse como, el objetivo es siempre que la Dirección General de Aduanas sea un órgano rector en los ámbitos técnico y administrativo y como es a la Aduana a la que corresponde la ejecución misma de las políticas y directrices que manen del superior, de manera que la primera dispone y la segunda realiza, en otras palabras, es la Dirección General de Aduanas un órgano director-fiscalizador y las Aduanas son órganos ejecutores, aplicadores del ordenamiento.**

 **Finalmente, y en cuanto al ejercicio de la facultad de sancionar las infracciones administrativas, la misma Ley carece de norma especifica que atribuya tal competencia a órgano alguno en concreto, sino que, se limita ha establecer la facultad como una más de las atribuciones aduaneras en el artículo 24 incisos i, m, para luego en el numeral 231 señalar que el conocimiento y sanción de las infracciones administrativas son de competencia “***... de la autoridad aduanera que conozca del respectivo procedimiento...”*  **es decir que, la única infracción administrativa que tiene órgano competente asignado para su conocimiento y sanción en la Ley, es aquella que se cometa o realice con ocasión de un procedimiento administrativo. Tal aspecto se confirma además con la lectura misma del numeral 234 que al fijar el procedimiento administrativo para aplicar sanciones dispone: “Cuando la autoridad aduanera determine la posible comisión de una infracción administrativa o tributaria aduanera sancionable con multa, notifica en forma motivada, al supuesto infractor, la sanción aplicable correspondiente** *sin que implique el retraso o la suspensión de la operación aduanera,* **salvo que la infracción produzca** *un vicio en el procedimiento***, cuya subsanación se necesite para proseguirlo.”**

**Ahora bien, y dado que la mayoría coincide en que dicha facultad esta otorgada en virtud de tales disposiciones a la autoridad que conoce del procedimiento, resta determinar cual es esa autoridad que como se dijo** es la que conoce del procedimiento**. Estima el suscrito que no es dable aquí el análisis del numeral 251 en tanto define autoridad aduanera por cuanto tal definición esta relacionada con la investidura del funcionario y no con la competencia del órgano.**

**De manera que, y conforme con lo considerado, resulta que para el conocimiento de por ejemplo infracciones tributarias resultaría competente el órgano que conoce del procedimiento y dado que dicho procedimiento lo es el de despacho resulta entonces que, y de conformidad con la estructura orgánica y competencia establecida en el reglamento a la Ley General de Aduanas específicamente el artículo 36 corresponde al Jefe de la Sección de Verificación el conocimiento y sanción de la infracción tributaria en tanto que dicha sección es el órgano con competencia para conocer del procedimiento de despacho y dentro de ésta a su jefe en virtud de ser el representante de dicho órgano pues como se dice esta a cargo de un jefe.**

**Por lo anterior, en virtud de estar concebida la División de Control y Fiscalización como un órgano de dirección y mera fiscalización, y conocidas las funciones de éstos conforme la jurisprudencia reseñada por la mayoría, lo cual resulta plenamente conforme con las funciones que comunitaria y legalmente se le han asignado a la Dirección General de Aduanas, no puede el suscrito sino declarar la incompetencia de dicho órgano para conocer y resolver de las infracciones administrativas o tributarias, siendo La Aduana el único órgano concebido y facultado para hacer cumplir la legislación aduanera, y dentro de ésta debe estarse al procedimiento dentro del cual se comete la infracción a efecto de determinar el órgano competente para su sanción de conformidad con la estructura y competencia asignada reglamentariamente. Es por ello que, siendo la excepción de incompetencia de previo y especial pronunciamiento incluso sobre nulidades de fondo, que el suscrito declara con lugar la excepción alegada y por ende anula lo actuado a partir de la resolución RES-DCF-439-98.**

DICK RAFAEL REYES VARGAS

VOTO SALVADO DEL LIC. SOTO SEQUEIRA. **Salvo el voto en la sentencia N°057-2000 en cuanto a la nulidad declarada por la mayoría del Tribunal, quienes determinan la incompetencia de la División de Control y Fiscalización para dictar la apertura y demás trámites del procedimiento administrativo sancionador y en su lugar rechazo el recurso de apelación confirmando la resolución recurrida, ya que la Administración Aduanera actuó apegada a derecho y demostró en el expediente N°2000-016-IA siguiendo el procedimiento ordinario reglado en la Ley General de Aduanas, la infracción cometida al régimen jurídico aduanero. Justifico el presente criterio legal en las siguientes consideraciones de hecho y derecho:**

1. Organización Administrativa del Servicio Aduanero Nacional. **La estructura organizativa del Servicio Aduanero Nacional responde al modelo aduanero escogido por el Legislador y el Poder Ejecutivo, donde el objetivo fundamental fue y sigue siendo la transformación de la institución en un órgano dinámico y profesional, que responda a las necesidades del comercio internacional, asegurando la agilidad y flexibilidad en el intercambio de mercancías y servicios, garantizando un eficaz control. Por ello el proceso de modernización aduanera modificó el panorama jurídico desde el año 1995, donde destacan las regulaciones y límites establecidos por el Poder Legislativo, quienes al aprobar la modificación del Código Aduanero Uniforme Centroamericano II, mediante Ley N°7485 del 21 de marzo de 1995, en los artículos del 5 al 15; y la promulgación de la Ley General de Aduanas, con N° 7557 del 20 de octubre de 1995, en los artículos del 8 al 15 y 243 al 250, dispuso incorporar ciertos órganos administrativos con competencias específicas; algunos formando parte de la organización interna del Servicio Aduanero Nacional, por ejemplo, La Dirección General de Aduanas, las Aduanas, y el Organo Nacional de Valoración y Verificación Aduanera; y otros órganos externos al Servicio Aduanero como el Tribunal Aduanero Nacional, en condición de órgano superior con jerarquía impropia en el ramo aduanero, con competencia para ejercer control de legalidad y dar por agotada la vía administrativa, reconociendo su naturaleza de órgano desconcentrado máximo, según los artículos 91 y 93 de CAUCA II y 205 a 210 de la Ley General de Aduanas. Pero el Poder Legislativo no solo constituyó legalmente órganos en el campo aduanera, sino que reconoció facultades al Poder Ejecutivo, para que por intermedio del señor Presidente de la República y el señor Ministerio de Hacienda, pudieran ejercer la potestad regulada en la ley para que organizaran y reglamentaran la estructura organizadora del Servicio Nacional de Aduanas, con fundamento en los principios de servicio al usuario, la armonización de los procedimientos, la simplificación, flexibilidad y eficiencia en el control y la fiscalización aduanera.**

**Por eso no es casualidad que las reglas que rigen el Sistema Aduanero, exijan una participación dinámica del sector público en coordinación con los demás actores dedicados a la gestión aduanera, sean éstos públicos o privados, donde sus fines sean alcanzar las facilidades y la agilidad que el comercio internacional impone, sin menoscabo del principio de legalidad - bloque de legislación aduanera – propiciando la correcta percepción de los tributos. (artículo 6 L.G.A.)**

**Así las cosas la organización aduanera reglamentada mediante el Decreto Ejecutivo N°25270-H, incorpora diversos niveles administrativos, distinguiendo básicamente cuatro categorías: el directivo, el preventivo, el técnico rector, y el técnico operativo. El nivel directivo constituido por la Dirección General de Aduanas a quien le corresponde definir las políticas y directrices que orienten las decisiones y acciones del Sistema Aduanero para cumplir los fines del régimen jurídico aduanero y los objetivos propuestos. (Artículos 5 de CAUCA; 11 y 12 de la L.G.A.; 6 y 7 del Reglamento a la L.G.A.) y el nivel técnico rector constituido entre otras dependencias, por la División de Control y Fiscalización, constituido en el órgano con funciones para llevar a cabo la fiscalización integral del Sistema Aduanero Nacional, con el objeto de comprobar el correcto ejercicio y cumplimiento de las funciones y obligaciones de sus distintos actores. (Artículos 23, 24 y 25 de la L.G.A. y 5, 15 y 43 del Reglamento a la L.G.A.). Por lo expuesto hasta aquí resultaría impropio señalar que las competencias del jerarca contemplan la instrucción del asunto e inmediación de la prueba en los procedimientos ordinarios de sanción o sancionadores comunes, cuando la razón de designar un jerarca, tanto en el orden administrativo como legal, son para ejercer funciones de dirección y decisión.**

1. Legislación aduanera - naturaleza especial. **La Ley General de Aduanas es declarada de orden público y solo en defecto de norma expresa de la legislación aduanera, o por remisión directa de ésta son de aplicación supletoria otras disposiciones tributarias o administrativas, según lo ordenan los artículos 258 y 257 de la L.G.A.**

**III.** Conjunto de normas aduaneras que reconocen competencia a la División de Control y Fiscalización**. Las normas que reconocen competencia a la División de Control y Fiscalización son: los artículos 9, 23, 24, 25 de la L.G.A.; y 5 inciso c, 15, 43, 44, 47, 48, 50, 51, 52, 53 y 54 del Reglamento a la L.G.A. A continuación me permito transcribir una serie de normas que asignan competencia a ésta División, para dictar el acto de apertura e instruir los procedimientos de carácter sancionador.**

**Artículo 15*. “Es competencia de la División de Control y Fiscalización llevar a cabo la fiscalización integral del Sistema, según el Plan Anual de Fiscalización, con el objeto de comprobar el correcto ejercicio y cumplimiento de sus funciones y obligaciones.”***

**Artículo 43*. “La División de Control y Fiscalización y los Departamentos Técnicos de las aduanas son los órganos fiscalizadores que tendrán la competencia para el ejercicio del control y fiscalización con el objetivo de supervisar, fiscalizar, verificar y evaluar el cumplimiento de las disposiciones del régimen jurídico aduanero.”***

**Artículo 44. *“El control y fiscalización aduanera lo ejercen con cobertura nacional y local, las siguientes unidades del Servicio, de acuerdo con las competencias y funciones que establecen la Ley, este Reglamento y demás leyes tributarias.”***

**Artículo 47. *“Sin perjuicio de lo que establecen los artículos 24 y 25 de la Ley y de las establecidas en la legislación tributaria, los órganos fiscalizadores, de conformidad con sus competencias y funciones tendrán las siguientes atribuciones....”***

Artículo 48. ***“Las labores de los órganos fiscalizadores serán realizadas por los funcionarios de la División de Control y Fiscalización o de la aduana designados para tal efecto. Se incluyen en esas labores****, las actuaciones meramente preparatorias****, de comprobación, de prueba de hechos o circunstancias con trascendencia tributaria o aduanera.”*** (el resaltado en negrita y subrayado no es del original**)**

**Artículo 49. *“El funcionario de los órganos fiscalizadores deberá cumplir con los siguientes deberes: a. Ejecutar el control y la fiscalización aduanera para la satisfacción de los intereses públicos, de acuerdo con los principios de eficacia, eficiencia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno al derecho.”***

**Por su parte la remisión que hacen los artículos 44 y 47 a otras disposiciones tributarias respecto a los órganos que ejercen funciones de control y supervisión, nos lleva a la Sección cuarta del capítulo IV del Código de Normas y Procedimientos Tributarios, donde se faculta a los departamentos u oficinas de la Administración Tributaria que tengan a su cargo la aplicación y fiscalización de los respectivos tributos, a realizar un traslado de cargos al contribuyente, con las observaciones y cargos que se le formulan y de las infracciones que se estime ha cometido, como parte del debido proceso en sede administrativa. ( Artículo 144 del C.N.P.T.).**

IV. Jurisprudencia del Tribunal Aduanero Nacional**:** **Este Tribunal en sentencia N°21-99 del seis de abril de 1999, reconoció competencia a la División de Control y Fiscalización para dictar el acto de apertura del procedimiento sancionador, motivando la decisión en esa oportunidad de la siguiente forma:** *“Con lo expuesto no encuentra el Tribunal que se haya conformado ninguna lesión a los derechos del recurrente ni ocurrido una incompetencia por parte de la División de Control y Fiscalización, por emitir la resolución que inicia el procedimiento; ya que, el órgano fiscalizador que forma parte de la Administración Tributaria Aduanera está facultado legalmente para actuar de esa forma por estar constituido legalmente en un órgano instructor del procedimiento y porque con su actuación se respeta la garantía del debido proceso y ejercicio de la defensa al recurrente, existiendo pruebas en expediente que respaldan su actuación y que no se objetan por el reclamante. Con lo cual, no lleva razón el interesado en manifestar que la función del órgano se limita a la recomendación de la sanción por los argumentos y fundamentos jurídicos citados.***(el resaltado no es propio de su original*)***

Posteriormente vuelve el Tribunal a analizar en la sentencia N°194-99 de las 16:30 horas del 21 de diciembre de 1999, la competencia de la División de Control y Fiscalización para dictar los actos de apertura en los procedimientos sancionadores ratificando su criterio jurídico con la siguiente exposición: *“Por su parte como derivación de las atribuciones aduaneras contenidas en el artículo 24 de la LGA en concordancia con el artículo 15 del RLGA que establece la competencia de la División de Control y Fiscalización en* ***“ i. Investigar la comisión de delitos aduaneros e infracciones administrativas y tributarias aduaneras, diligenciar y procurar las pruebas que fundamenten las acciones legales respectivas y recomendar las sanciones que correspondan en sede administrativa.”*** *. Lo cual ya ha sido ampliamente analizado por este Tribunal en Sentencia N° 021-99 de las diez horas con treinta minutos del día seis de abril de mil novecientos noventa y nueve.......”*

Se argumentaba en esa sentencia que: *“Así pues, es claro que Control y Fiscalización tiene una competencia propia en iniciar un procedimiento administrativo tendiente a determinar como en este caso la posible comisión de una infracción administrativa, tan es así que la aduana remite los antecedentes a ese órgano por ser el único competente para dar inicio a este tipo de procedimiento; sin dejar de mencionar que la apreciación de la recurrente al señalar que el citado artículo 526 se refiere únicamente a que debe señalarse el* ***nombre*** *del órgano instructor, no la exigencia de un nombramiento previo. Recordemos además que si bien la LGAP es un instrumento que contiene los procedimientos y principios que informan el derecho administrativo costarricense, lo cierto es que ante una normativa especial, prevalece ésta, como en nuestro caso la LGA, no siendo de recibo el argumento de la parte.”*

V. Definición sobre las nulidades alegadas. **Por todo lo expuesto y considerando las normas contenidas en CAUCA II, L.G.A. y su Reglamento, respecto a la organización administrativa del Servicio Aduanero Nacional, y las argumentaciones derecho expuestas en forma extensa por el Tribunal en las sentencias N°21-99 y 194-99, determino que no cabe un nuevo planteamiento en el tema de la competencia de la División de Control y Fiscalización en los procedimientos sancionadores, pues la jurisprudencia vertida por el Tribunal durante el año 1999 mantiene su vigencia dado que la normativa aduanera no ha sido objeto de reforma en éste tema, lo que permite concluir que no justifica el cambio de posición. Además de lo dicho porque se debe respetar la estructura administrativa establecida por el Servicio Aduanero Nacional conforme los artículos 5 a 15 del Código Aduanero Uniforme Centroamericano II, el artículo10 de la Ley General de Aduanas y los artículos 1 a 76 del Decreto Ejecutivo número 25270-H, donde se regula la competencia de los diversos órganos del Servicio Aduanero Nacional, y en forma particular de la División de Control y Fiscalización. Por eso me aparto del voto de mayoría porque estimo que no lleva razón el recurrente, quien considera que la exclusiva lectura y aplicación del artículo 15 inciso i) del Reglamento a la Ley General de Aduanas, favorece su planteamiento de nulidad. Por el contrario determino que el punto debe ser resuelto con el conjunto de normas que regulan la estructura administrativa del actual régimen aduanero costarricense, tomando en cuenta las subdivisiones establecidas en la legislación aduanera que reconocen competencias a la Dirección General de Aduanas como nivel directivo, y a la División de Control y Fiscalización en condición de órgano que forma parte del nivel técnico rector.**

**En tal sentido encontramos funciones que reconocen a la División de Control y Fiscalización como órgano instructor de procedimiento aduanero en los artículos 22 a 27 de la Ley General de Aduanas; 15, 43 a 76 del Reglamento a la L.G.A., haciendo énfasis en el tema de las competencias asignadas a ésta dependencia, el contenido del artículo 47 del Reglamento que señala atribuciones a los órganos fiscalizadores, no sin advertir que se establecen sin perjuicio de las funciones reguladas en los artículos 24 y 25 de la Ley General de Aduanas, lo que permite confirmar la posición asumida por el Tribunal en la jurisprudencia del año 1999 y la del suscrito en el presente voto salvado, en el sentido de reconocer y revisar todo el ordenamiento jurídico aduanero cuando se analizan las competencias otorgadas a ésta División, y no solo las indicadas expresamente en el artículo 15. Por ende estimo que no resulta jurídicamente posible acudir a las normas de la Ley General de la Administración Pública para tratar de integrar, interpretar y analizar el tema de las competencias del órgano en cuestión con las asignadas al Director General de Aduanas, porque la normativa aduanera, además de resultar especial por la materia, contiene suficiente regulación que brinda funciones y atribuciones –competencia - a la División de Control y Fiscalización como el órgano que ejerce el control y la fiscalización del régimen jurídico aduanero en todo el territorio aduanero nacional y por ende facultado para actuar como órgano instructor en los procedimientos sancionadores, cuyas actuaciones son registradas desde la apertura del procedimiento sancionador hasta el final de su participación en el expediente administrativo, el que siempre debe encontrarse a disposición de las partes involucradas para el ejercicio pleno de sus derechos y para la formulación de sus pretensiones, defensas y pruebas, expediente que cuando se encontrare listo deberá ser trasladado al órgano y funcionario competente para adoptar el acto final, pronunciándose sobre todas las cuestiones debatidas, ya sea imponiéndole o liberándole de la responsabilidad. Por otra parte estimo que la aplicación del régimen sancionador en sede administrativa, no rompe con el principio de juez natural que imponen las normas procesales en sede judicial y por ende en los procesos penales, en donde priva el trámite oral y público (Artículos 43, 53, 130 y siguientes del Código Procesal Penal, Ley N°7594). Lo anterior porque en sede administrativa priva las actuaciones procesales escritas y la materia sancionadora no escapa a tales rituales, y donde la Administración Aduanera actúa en condición de juez administrativo porque debe decidir el asunto con los elementos traídos al expediente – completo- en esa fase de instrucción por órganos de la misma Administración aduanera, y además porque la Sala Constitucional ha reconocido la facultad sancionadora de las autoridades administrativas, pero con ciertos matices. En este sentido en la sentencia N°3925-95 de las 15:24 horas del 18 de julio de 1995, señaló que: “*Es aceptado, en forma generalizada, que la infracción administrativa se deferencia del delito tributario por el órgano que establece la sanción - la Administración tributaria o el Juzgado Contencioso Administrativo en el primer caso; el Juez o Tribunal Penal en el segundo -, y por el tipo de pena; sin embargo, las diferencias procedimentales existentes entre las sanciones aplicables a infracciones y a delitos, no pueden conducir a ignorar en el ámbito del procedimiento administrativo las garantías de los ciudadanos, en efecto, los principios inspiradores del orden penal son de aplicación, con ciertos matices, al derecho administrativo sancionador, dado que ambos son manifestaciones del ordenamiento punitivo del Estado*.” No obstante es necesario resaltar queal no estar regulados expresamente los matices en la ley, serán desarrollados mediante la jurisprudencia.**

**Las particularidades reconocidas por tan Alto Tribunal Constitucional resultan razonables dado que los cuerpos normativos de corte administrativo no permiten imponer penas privativas de libertad. Así las cosas en el derecho administrativo sancionador se sigue respetando la formalidad y obligación de conformar un expediente administrativo donde prevalece la forma escrita y por ende las actuaciones procesales y sustantivas que registran y provocan las partes, dirigidos a buscar la verdad real, conforman el expediente. Expediente que debe estar al alcance y discusión del recurrente, quien puede hacer valer sus derechos y defensas antes del dictado del acto final o después de su notificación, constituyéndose el expediente en el límite y prueba de la decisión administrativa. (Durante y concluido el procedimiento el recurrente tiene muchas oportunidades protegidas legalmente para ejercer sus derechos, entre otras: el término de oposición de quince días en el proceso ordinario y cinco días en los procesos sancionadores comunes; la etapa de pruebas tanto las ofrecidas como las evacuadas; las audiencias para conclusiones finales; los recursos ordinarios regulados en los artículos 198 y siguientes, el incidente con efecto suspensivo como es la nulidad absoluta que debe ser de previo y especial pronunciamiento en los términos del 195 de la LGA; entre otras defensas posibles).**

**Por ello estimo que no se configuran en la especie las nulidades alegadas por el recurrente; una consistente en la incompetencia del órgano director del proceso, y como su consecuencia la petición de nulidad de todo lo actuado por constituirse en forma oficiosa en el director del proceso, porque la División de Control y Fiscalización actuó apegada a las competencias asignadas por la legislación aduanera; y la otra por no cumplir el acto con el elemento motivo, cuando en las resoluciones de la Administración Aduanera ha quedado establecido en forma clara los hechos tomados en cuenta para el inicio y la conclusión del proceso sancionador. Hechos y omisiones que han sido imputados al recurrente a lo largo del procedimiento, entre otros: por no entregar la conciliación de los estados de la cuenta corriente; por no contar con los respaldos de sus operaciones; y omitir la entrega de la documentación solicitada en tiempo, elementos que han determinado la falta incurrida y su consecuente sanción. Además de lo dicho, porque el Director General de Aduanas cuando dictó el acto final con el número RES-DCF-381-99 de 26-07-99 adicionándolo mediante RES-DCF-039 de 28-02-00 se pronunció sobre las cuestiones de forma y fondo debatidas, por estar constituido legalmente en el funcionario y órgano con competencia para decidir y definir por acto final si imponía o no la sanción, según reza el artículo 7 inciso n. del Reglamento a la LGA. Así las cosas, procedo a revisar las demás pretensiones formuladas por las partes en cuanto al fondo del asunto, ya que no considero se hayan producido en el caso las nulidades que la mayoría del colegiado reconoce y declara.**

**VI.** Pronunciamiento de fondo.

**El Director General de Aduanas mediante la resolución N°RES-DCF-381-99 de las 14 horas del 26 de julio de 1999 (folios 106 a 121), adicionada con la N°RES-DCF-039-00 de las 9 horas del 28 de febrero de 2000 (folios 154 y 155), dictó el acto final en el presente procedimiento, considerando las pruebas allegadas al expediente y pronunciándose sobre todas las cuestiones debatidas por la forma y el fondo, motivando ampliamente las razones justificantes de la decisión de imponer la sanción. Argumentos que comparto, no solo por estar sustentados en los procedimientos que regulan el régimen jurídico aduanero y las normas sustantivas que vinculan a la agencia aduanera como auxiliar de la función pública aduanera y la hace** **acreedora de la suspensión por el incumplimiento** **comprobado por el jerarca. Por ello confirmo la resolución recurrida por ajustarse al derecho administrativo sancionador, por disposición expresa de los artículos 30 incisos a) y b) y 241 incisos d) y en consecuencia rechazo el recurso de apelación presentado.**

**Desiderio Soto Sequeira**

1. Ver artículo 1 del CAUCA II [↑](#footnote-ref-1)
2. Sobre el concepto de territorio aduanero véase el artículo 2 de la LGA [↑](#footnote-ref-2)
3. Sobre este tema ver también sentencias N°194-99, 21-98, 2-98 [↑](#footnote-ref-3)